سلسلة نصوص تراثية للباحثين

(١٥٤٩)

مجرد الدعوى

مسائل وأحكام

من مصنفات الفقه

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"الخط ، والشهادة في ذلك جائزة على المشهور في المذهب لم يختلف في ذلك قول مالك ولا قول أحد من أصحابه فيما علمت إلا ما يروي عن محمد بن عبد الحكم من أنه قال لا تجوز الشهادة على الخط مجملا ولم يخص موضعا من موضع ، وستأتي هذه المسألة في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى ، وقد مضى من تحصيل القول في الشهادة على الخط في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ما فيه شفاء ، وبالله التوفيق .ومن كتاب مساجد القبائلوسئل عن عبد كان تاجرا وأنه باع متاعا من التجار والكتب عليهم ذكورات حق وأنهم ادعوا أنهم قد دفعوا إلى سيده بعض ما كان له عليهم ، قال أرأيت سيده أكان يقتضي شيئا ؟ قال : نعم قد كان السيد يقتضي ، وقد كان العبد يقتضي ، قال أما إذا كان يقتضي فإني أرى أن يحلف السيد فيما ادعي عليه ويحلف العبد فيما ادعي عليه .قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله [أنه] إذا ﺍﻙنا جميعا يقتضيان لزمت كل واحد منهما اليمين فيما ادعى عليه لقول النبي عليه السلام : "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ولو كان السيد لا يقتضي لم يجب عليه اليمين في دعوى الاقتضاء على القول بأن اليمين لا تلحق **بمجرد الدعوى** دون خلطة ، وهو مذهب مالك رحمه الله وكافة." (١)

"خلاف هذا أن قول الذي عليه الحق . وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .مسألةوعن رجل ادعى على رجل حقا فقال المدعى عليه ما أعرفك ولا كانت بيني وبينك خلطة قط ، ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعيبحقوأتى عليه ببينة ، له تنفعه ببينته وهو [قد] أنكر خلطته ، فقال : لا أرى أن تنفعه ببينته ولا تجوز شهادتهم إلا أن تكون بعد ذلك خلطة .قال الإمام القاضي : هذه مسألة جارية على أصل مختلف فيه في المذهب قائم من المدونة من كتاب اللعان وغيره . وقوله في آخر المسألة إلا أن تكون بعد ذلك خلطة لفظ وقع على غير تحصيل ، إذ لا تعتبر الخلطة مع قيام البينة . فإذا أقام البينة بحق له عليه من معاملة قديمة قبل إنكاره أن تكون بينه وبينه خلطة لم ينتفع بها ، وإن أقام البينة بحقله عليه من معاملة حديثة بعد إنكاره أن يكون بينه وبينه خلطة قضي له بها وإن لم يكن بينهما بعد ذلك خلطة . وإن قالت البينة لا تدري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار . وإنما تعتبر الخلطة مع **مجرد الدعوى** . فقوله إلا أن تكون بعد ذلك

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٣٩٠/١٠

خلطة إنما يصح إن ادعى قبله دعوى لم يقم عليها بينة من معاملة حديثة بعد أن أنكر خلطته ، لأنه إن كانت بينما بعد ذلك خلطة لحقته اليمين ، وإن لم تكن بينهما خلطة لم تلحقه ، وبالله التوفيق .ومن كتاب استأذن سيدهوسألته عن الذي يكتري الدار سنة بستة دنانير فينقده ثلاثة." (١)

"ومن كتاب تأخير صلاة العشاءوسئل مالك عن امرأة نزل بها رجل فمات فجاءت فاتهمت به فجاء وليه يسأله مالكا عن ذلك ويتهمها ويقول إني اتهمتها بوجه لا أستطيع بته .قال مالك : أرى أن يكشف أمرها فإن كانت غير متهمة لم أر أن تحبس يوما واحدا ويخلي سبيلها ، فقيل له أتهدد ؟ فقال : لا أرى ذلك إذا كانت غير متهمة ، قال ابن القاسم : فإن كانت متهمة حبست ولم يعجل تسريحها لعلها لا يعثر عليها بشيء ، فإن لم يوجد شيء وطال حبسها استحلفت خمسين يمينا وخلي سبيلها .قال محمد بن رشد : ذهب بعض أهل النظر إلى أن رواية ابن القاسم عن مالك في هذه الرواية فإن كانت غير متهمة لم أر أن تحبس يوما واحدا مثل قوله في المدونة في الذي يدعي قبل الرجل حدا من الحدود فيقدمه إلى القاضي ويقول بينتي حاضرة أجيك بها غدا أو العيشة إن ذلك إن كان قريبا أوقفه ولم يحبسه إن رأى لذلك وجها وكان أمرا قريبا خلاف قوله في سماع عبد الملك بن الحسن بعد هذا من الكتاب : إن غير المتهم لا يحبس في الدم إلا الأمر القريب اليوم واليومين والثلاثة ، والذي أقول به أن ذلك ليس باختلاف من القول ، والفرق بين هذه المسألة وبين مسألة سماع عبد الملك أن الطالب في مسألة عبد الملك ذكر أن له بينة على ما أدعاه عليه من القتل وسأل أن يحبس حتى يأتي ببينة ، ولم يسأل ذلك الطالب في هذه المسألة ، ولو سأل ذلك لكان من حقه أن يحبس اليوم واليومين والثلاثة كما قال ابن القاسم في سماع عبد الملك ، لأن الدم شديد يلزم فيه من الشدة والأخذ بالشبهة ما لا يلزم في غيره ، وإنما لم ير في مسألة المدونة على المدعي علبه السجن **بمجرد الدعوى** وإن قال الطالب إن له بينة على دعواه لأنه إنما سأله على." (٢)

"الحدود لا على القتل ، والحدود بخلاف القتل لأنها تدرأ بالشبهات فالحدود التي تدرأ بالشبهات لا يسجن المدعي عليه فيها **لمجرد الدعوى** على ما قاله في المدونة ، والقتل بخلاف ذلك إذا قال المدعي إن لم بينة على دعواه حبس **بمجرد الدعوى** اليوم واليومين والثلاثة إن لم يتهم، وإن كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه ، وإن قويت عليه التهمة بما أشبه به عليه معالم يتحقق تحققا يوجب القسامة حبس

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٤٢٢/١٠

(٢) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٤٥٦/١٥

الحبس الطويل ، قال ابن حبيب في الواضحة : حتى يتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة ، قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول حبسه ، ويحتمل أن يقول إنه إن كان المدعي عليه القتل ممن لا تقع عليه التهمة للمعرفة بحاله لم يسجن **بمجرد الدعوى** ، وإن أدعى الطالب أن له بينة على ما أدعاه على ما قاله مالك في هذه الرواية ، وإن كان المدعي عليه القتل ممن لا تقع عليه التهمة للجهل بحاله سجن **بمجرد الدعوى** اليوم واليومين والثلاثة إذا أدعى الطالب أن له بينة على دعواه على ما قاله في سماع عبد الملك ، فهذا وجه يمكن أن يفرق به بين المسألتين ولا يجعل ذلك اختلافا من القول ، ويحتمل أن يفرق بين هذه الرواية وبين ما في سماع عبد الملك أنه لم يحقق الدعوى في هذه الرواية وحققه في سماع عبد الملك .وفي قوله في الرواية إنها لا تهدد إذا كانت غير متهمة دليل على أنها تهدد إذا كانت متهمة ، والوجه في ذلك أنها قد تقر إذا هددت فتتمادى على الإقرار بعد ذلك وهي آمنة فتؤخذ به ما لم ترجع عنه ، إذ لا يلزمها الإقرار بالتهديد .وقوله في المتهمة إنها تستحلف خميس يمينا ويخلى سبيلها إذا طال حبسها . مثله في سماع أبي زيد وهو مبين لما سكت عنه من ذلك في سماع عبد الملك وبالله التوفيق .." (١)

"عقدة البيع إن ادعاها مدع ، فمالي علي رد بغير خصومة ، قال : لا يعجبني هذا البيع اشترط ما ليس في كتاب الله ، فلا يعجبني هذا البيع .قال محمد بن رشد : قوله : لا يعجبني هذا البيع ، يدل على أنه رآه بيعا فاسدا لما اقترن به من الشرط ؛ وذلك بين ؛ لأنه غرر ؛ إذ لم يبين البائع بما قبض من الثمن ، إذ شرط عليه رده بالدعوى دون بينة ، وذلك خلاف لما أحكمه الكتاب ، وجاءت به الآثار ، من أنه لا يؤخذ أحد **بمجرد الدعوى** دون بينة ؛ فمعنى قوله اشترط ما ليس في كتاب الله ، أي اشترط خلاف ما أوجبه الكتاب وقدره الشرع عن النبي عليه السلام ، المبين عن الله ما أنزله في كتابه .مسألةقال أشهب : سألت مالكا عن الرجل يقول للرجل : ابتعني سلعتك هذه بكذا وكذا ، فيقول : نعم ؛ فيقول : قد أخذتها ، فيقول رب السلعة : ما أردت بيعها ، إنما أردت اختبار ثمنها ؛ فقال لي : لا سواء ، أما الذي يوقف سلعته في السوق يتسوق بها ، فأرى ذلك له لازما ، ولا يغني عنه إباءه ذلك ، وإن لم يفترقا وكان ذلك

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ١٥/٤٥٧

مكانهما ؛ وأما الذي يعلم أنه كان لاعبا لا يريد بيع سلعته ، فلا أرى ذلك له لازما ، ولا عليه جائزا ؛ قيل لمالك فإن كان على غير." [1]

"يمينا بالله ما زاد شيئا ويبرأ ، وإنما ألزمته اليمين لحضوره المزايدة ، وأما لو قال ذلك لمن لم يحضر المزايدة لم يكن عليه يمين ولم يلزمه من قوله شيء . قلت : أرأيت لو قال ذلك لمن لم يحضر وقال : أنت أمرتني وأوصيتني إذا وقفت على شيء أن أوجبها لك ألا يحلف له ؟ دال : إن كان مثله يأمر مثله في تجارته وناحيته فأرى أن يحلف ، وإن كان على غير ذلك لم يحلف .قال محمد بن رشد : هذا صحيح على أصولهم في أن من زاد على السلعة في بيع المزايدة تلزمه السلعة بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يلزمها إياه ما لم ينقلب بسلعته وتذهب أيام الصياح أو يكون مما العرف فيه أن ترد أو تباع في المجلس فتلزمه السلعة بما زاد فيها وإن زاد عليه غيره ما لم ترد السلعة ويصاح على غيرها ، وقد مضى هذا في آخر أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب ، وأوجب عليه اليمين **بمجرد الدعوى** لأن حضوره المزايدة خلطة توجب له عليه اليمين ، وأما إذا لم يحضر المزايدة فلا يمين له عليه إلا أن يكون بينه وبينه من الأسباب ما يشبه أن يكون مثله يأمر مثله كما قال ، وهذا على قولهم في أن اليمين لا تلحق **بمجرد الدعوى** دون خلطة لأن الخلطة إنما تكون من قبيل الدعوى ، فإن ادعى مبايعة كانت الخلطة بالمبايعة ، وإن ادعى عليه سلفا ومعروفا كانت الخلطة بالصداقة والملاطفة التي تقتضي المسالفة والمعروف بينهما ، وكذلك هذا ، المخالطة فيه بأن يكون بينهما ما يشبه به أن يكون مثله يأمر مثله في تجارته ، فإن حلف لم يلزم الصائح شيء إذا كان ذلك في المجلس ، وأما إن قبض السلعة وقال : فلان أمرني أن أوجبها له بما أعطى فيها فجاء فلان فأنكر قول الصائح فحلف فإن السلعة تلزم نصائح بذلك الثمن لأنه أتلفها على ربها إذ لم يمضها لمن زاد فيها في المناداة في المجلس وأمسكها لذره ، وإن نكل عن اليمين حلف الصائح ولزمته السلعة ، وإن نكل الصائح عن اليمين بعد نكوله هو كان لرب السلعة أن يضمنه إياها بذلك الثمن إن شاء لأنه قد أتلفها عليه بنكوله .." [2]

"قال القاضي : مذهب مالك وكافة أصحابه أن اليمين لا يحكم بها للمدعي على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** دون خلطة على ما جاء عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه من أنه لم يكن يحلف من

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٣٣٠/٧

(٢) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٣٣/٨

ادعى على رجل دعوى إلا أن تكون بينهما مخالطة وملابسة ، وهو قول جماعة من علماء المدينة . روي عن القاسم بن محمد منهم أنه قال : إذا ادعى الرجل الفاجر على الرجل الصالح شيئا يعلم الناس فيه أنه كاذب ، ولا يعلم أنه كان بينهما أخذ ولا عطاء لم يستحلف ، فلم يحلموا قول النبي صلى الله عليه وسلم : " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " على عمومه في أن كل من ادعى على أحد دعوى وجبت له عليه اليمين ، وخصصوا من ذلك من لم تكن له خلطة ، فلم يشبه قوله وغلب على الظن كذبه ، كما خصصوا من ذلك يمين الزوج والسيد في دعوى الطلاق والعتق . وقد قال إسماعيل القاضي : إن معنى قوله عليه السلام : " البنة على من ادعى واليمين على المدعى عليه " . أنه لا يقبل قول المدعي فيما يدعيه مع يمينه ، وأن المدعى عليه يقبل قوله مع يمينه وإن لم تقم عليه بينة ، لا أنه أراد بذلك العموم في كل من ادعى عليه دعوى أنه يجب عليه اليمين ، فلا يجب اليمين على مذهب مالك وكافة أصحابه **بمجرد الدعوى** دون خلطة إلا في خمسة : الغريب في البلد يدعي أنه أودعى الرجل الفاضل من أهل البلد وديعة ، لأن الغريب يعمد إلى من بلغه عنه خير فيودعه." (١)

"المبايعة بالدين على ما في سماع يحيى ، وإنما الخلاف عندي إذا كانت المبايعة الواحدة بالنقد ، فلم يقع النقد ولا حصل التناجز ، ففي الشهادات من المدونة أنها ليست بخلطة ، وفي كتاب ابن المواز أنها خلطة ، إلا أنه لم يوجب اليمين إذا لم يثبت ما قاله الغائب . وقوله وجاء بشهود يشهدون ، الظاهر منه أن الخلطة لا توجب اليمين حتى يثبت بما يثبت به الحقوق من شاهدين أو شاهد وامرأتين ، ومثله في نوازل سحنون من كتاب الشهادات ، وفي المبسوطة لابن كنانة ، وابن القاسم أن شهادة الشاهد الواحد بها توجب اليمين . وقال في سماع حسين بن عاصم من كتاب الشهادات في بعض الروايات إن شاهدة شاهد واحد وامرأة واحدة بالخلطة توجب اليمين ، وقد قيل : إنها توجب باليمين مع الشاهد . وقد روي ذلك عن ابن نافع ، وابن كنانة ، وإذا ثبتت الخلطة فلا يرتفع حكمها بانقطاعها على قول سحنون في هذه الرواية ، وفي أحكام ابن زياد عن أصبغ وسحنون أن اليمين لا تجب إلا بخلطة متصلة ، وفي المبسوطة لابن نافع أنه قال : لا أدري ما الخلطة ، ولا أراها ، ولا أقول بها ، وأرى الأيمان واجبى للمسلمين عامة بعضهم على بعض لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " البينة على من ادعى واليمين على من أنكره " . وذهب الشافعي وأبو حنيفة أصحابهما ، والثوري ، وأحمد وإسحاق وأبو ثور إلى أن اليمين واجبة **بمجرد الدعوى**

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢٨٩/٩

في جميع الدعاوي من الأموال وغيرها ، وحجتهم حديث ابن عباس " لو يعطى ناس بدعواهم لا دعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على من ادعى واليمين علىمن أنكر " . لأ،هم تعلقوا بظاهره ، فحملوه على عمومه ، ولا حجة لهم." (١)

"والسبب البين كالتعرف عن قتيل، والعداوة وكون المطلوب من المعروفين بالقتل، وهذا هو الصواب.فإذا كان ثم لوث يغلب على الظن أنه قتل من اتهم بقتله جاز لأولياء المقتول أن يحلفوا خمسين يمينا ويستحقوا دمه، وقال ابن القيم: وهو من أحسن الاستشهاد فإنه اعتماد على ظاهر الإمارات المغلبة على الظن بصدق المدعي فيجوز له أن يحلف بناء على ذلك، ويجوز للحاكم بل يجب عليه أن يثبت حق القصاص. قال: وليس إعطاء **بمجرد الدعوى**، وإنما هو بالدليل الظاهر الذي يغلب على الظن صدقه، فوق تغليب الشاهدين وهو اللوث والعداوة والقرينة الظاهرة من وجود العدو مقتولا في بيت عدوه، فقوى الشارع هذا السبب باستحلاف خمسين يمينا من أولياء المقتول الذين يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البريء بدم ليس منه.وإن نكلوا أو كانوا نساء حلف المدعي عليه خمسين يمينا وبرئ إن رضي الورثة وإلا فداه الإمام اه، وإن نكل المدعي عليه القتل خطأ أو شبه عمد قضي عليه بالنكول، وكذا عمدا لكن بالدية، وإذا ثبت اللوث فيشترط تكليف مدعى عليه القتل، وإمكان القتل منه، ووصف القتل في الدعوى، وطلب جميع الورثة، واتفاقهم على الدعوى، وعلى عين القاتل، وكون فيهم ذكور مكلفون، وكون الدعوى على واحد معين، ويقاد فيها إذا تمت هذه الشروط وشروط القود لما تقدم.." (٢)

"يحكمون بباطل، وقال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ وهو مما حكم به فهو عدل مأمور به من الله ولا بد، ولا يعارض واليمين على المدعى عليه" فإن المراد به إذا لم يكن مع المدعي إلا **مجرد الدعوى**، فإنه لا يقضى له **بمجرد الدعوى**، فأما إذا ترجح جانبه بشاهد أو لوث أو غيره لم يقض له بمجرد دعواه، بل بالشاهد المجتمع من ترجيح جانبه ومن اليمين، قال: ومن شرطها تقدم الشهادة عليها، فيشهد الشاهد أولا، ثم يحلف صاحب اليمين، وقال: الحكم بهما تقوية، فلو رجع الشاهد كان الضمان عليه.وقال: إذا عدمت امرأتان قامت اليمين مقامهما والشاهد واليمنى سكت عنه القرآن، وفسرته السنة، وقال: قد ذهب طائفة من قضاة السلف العادلين إلى الحكم بشهادة الواحد إذا ظهر صدقه من غير يمين، فإذا علم

---

(١) البيان والتحصيل، ابن رشد الجد ٢٩١/٩

(٢) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٢٩٧/٤

الحاكم صدق الشاهد الواحد، جاز له الحكم بشهادته، وإن رأى تقويته باليمين فعل، وإلا فليس ذلك بشرط، والنبي – صلى الله عليه وسلم – لما حكم بالشاهد واليمين لم يشترط اليمين بل قوى بها شهادة الشاهد.وأجاز شريح وزرارة شهادة شاهد واحد علما صدقة وعدل النبي – صلى الله عليه وسلم – شهادة خزيمة بشهادة رجلين، وقبل شهادة الأعرابي وحده على هلال رمضان، وأجاز شهادة الشاهد الواحد في قصة السلب، ولا استحلفه، وهو الصواب، ولا معارض لهذه السنة، ولا مسوغ لتركها، قال: فالبينة تطلق على الشاهد." (١)

"وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة ؛ لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ولا على أولئك حتى يقيموا البينة ؛ لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق إنما يسقط به الحق عن أهل المحلة ؛ لأن قوله حجة على نفسه .." (٢)

"القيم إذا ادعى أنه أنفق من مال نفسه على الوقف ، وأراد الرجوع لا يكون له ذلك لأنه ادعى دينا لنفسه على الوقف فلا يصدق **بمجرد الدعوى** بلا بينة هذا إذا ادعى الإنفاق من مال نفسه ، وإن ادعى الإنفاق من مال الوقف فلو ادعى ما ينفق في تلك المدة على مثلها يقبل قوله كذا في مشتمل الهداية نقلا عن العمادية من الوصايا .." (٣)

"ولو ادعى عليه برا فأنكر ، ثم قال لرجل ادفع إلى المدعي قفيز بر من مالك فدفع لا يرجع إذ لم يشترط رجوعه **وبمجرد الدعوى** لم يصر دينا عليه ليصير آمرا بأداء دينه عنه من الفصولين .." (٤)

" مللا مختلفة جعل من أقربهم إلى الإسلام وإن ادعى ذمي أو نحوه نسبه لحقه وتبعه في الكفر وارتفع ما كنا ظنناه إذ تبعية الدار ضعيفة ولأن الغالب كفر ولد الكافر لكن إن لم تقم بينة بذلك لم يحكم بكفره وإن لحقه لاحتمال أنه من مسلمة ولأنه حكم بإسلامه فلا يغير **بمجرد الدعوى** كما في إسلامه بعد البلوغ ويحال بينهما كما لو وصف المميز الإسلام ثم إذا بلغ ووصف الكفر قرر لكنه يهدد لعله يسلم وينفق على اللقيط المحكوم بكفره إذا لم يكن له مال من بيت المال إذ لا وجه لتضييعه ولأنه قد ينفعنا بالجزية

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام لابن قاسم، عبد الرحمن بن قاسم ٥٦٣/٤

(٢) مجمع الضمانات، ٤١٤/٣

(٣) مجمع الضمانات، ١٤٢/٦

(٤) مجمع الضمانات، ٤٤/٨

إذا بلغ هذا ما صححه في الأصل لكن قال الأذرعي وغيره بل الصحيح المنصوص المنع وبه جزم الماوردي وغيره لأن مال بيت المال مصروف لمصالح المسلمين دون المشركين فعليه إن تبرع أحد بنفقته فذاك وإلا جمع الإمام أغنياء أهل الذمة الذين وجد بين أظهرهم وقسط نفقته عليهم قرضا يرجعون بها

فصل يصح الإسلام أي مباشرته من مكلف بالنطق للناطق والإشارة للعاجز عن النطق لا من مجنون وصبي ولو مميزا كسائر العقود قالوا ولا تقاس صحته من المميز على صحة سائر العبادات منه لأنها تقع منه نفلا والإسلام لا يتنفل به وأما صحة إسلام علي رضي الله عنه مع صغره فأجيب عنها بأن الأحكام إنما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة في عام الخندق أما قبلها فكانت منوطة بالتمييز وإذا لم نصحح إسلامه فلا نمنعه من الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات قاله الزركشي أخذا من كلام الشافعي ويدخل المميز به أي بإسلامه مباشرة الجنة قطعا إذا أسره كما أظهره ويعبر عنه بصحة إسلامه باطنا لا ظاهرا أي بالنسبة إلى الآخرة دون الدنيا وفي أطفال المشركين إذا ماتوا ولم يتلفظوا بالإسلام خلاف والأصح أنهم يدخلون الجنة أيضا كما مر ويحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار استحبابا لئلا يفتنوه وطمعا في أن يثبت بعد البلوغ ع‌ری ما وصفه فإن بلغ كافرا بأن وصف الكفر بعد بلوغه هدد وطولب بالإسلام فإن أصر رد إليهما

فصل ويحكم بإسلام صغير وذي جنون ولو طرأ جنونه في الكبر تبعا لأحد أبويه وكذا لسائر أصوله وإن لم يكونوا وارثين كجد أو جدة لأب أو أم وإن كان الأقرب حيا سواء أسلموا قبل العلوق أم بعده لأن كلا منهما جزء من مسلم ولو بوسط ولأن التبعية للفرعية وهي لا تختلف بما ذكر فإن قلت إطلاق ذلك يقتضي إسلام جميع الأطفال بإسلام جدهم آدم عليه السلام قلت أجاب السبكي بأن الكلام في جد يعرف النسب إليه بحيث يحصل بينهما التوارث وبأن التبعية في اليهودية والنصرانية حكم جديد لخبر وإنما أبواه يهودانه وينصرانه

فصل في تبعية السابي وإن سبى مسلم لا ذمي صبيا أو مجنونا دون أحد أبويه حكم بإسلامه تبعا للسابي لأنه له عليه ولاية وليس معه من هو أقرب إليه منه فتبعه كالأب قال الإمام وكأن السابي لما أبطل حريته قلبه قلبا كليا فعدم عما كان وافتتح له وجود تحت يد السابي وولايته فأشبه تولده

".(١)

" باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قد تقدم حقيقة الزناء وهو الذي يوجب الحد وكيفية إثباته ثم شرع في تفاصيله وبدأ ببيان الشبهة فقال الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس في نفس الأمر بثابت أو اسم من الاشتباه وهي ما بين الحلال والحرام والخطأ والصواب دارئة أي دافعة للحد عن الواطئ لما تقدم قال الإسبيجابي الأصل أنه متى ادعى شبهة وأقام البينة عليها سقط الحد **فبمجرد الدعوى** يسقط أيضا الإكراه خاصة فلا يسقط به الحد حتى يقيم البينة على الإكراه وهي أي الشبهة نوعان هذا مسلك صاحب الوقاية والكنز لكن في الإصلاح وغيره أن الشبهة ثلاثة أنواع في المحل وفي الفعل وفي العقد ولا يمكن درج الثالثة في الثانية لأن النسب يثبت فيها ولا شيء فيها على الجاني وإن اعترف بالحرمة شبهة في الفعل أي الوطء وتسمى شبهة الاشتباه أي شبهة المشتبه المعتبر في حقه لا غير وهي أي الشبهة في الفعل ظن غير الدليل على حل الفعل دليلا عليه فلا يحد فيها أي في شبهة الفعل إن ظن الواطئ الحل قال في الإصلاح إن ادعى الحل وعلل بأن العبرة لدعوى الظن لا للظن فإنه يحد إن لم يدع وإن حصل له الظن ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن تأمل وإلا أي وإن لم

".(٢)

" بعد القضاء بالقطع وأما إذا رده بعدما شهد الشهود ولم يقض القاضي استحسانا وأطلق في الرد فشمل الرد حقيقة والرد حكما كما إذا رده إلى أصله وإن علا كوالده وجده ووالدته سواء كانوا في عيال المالك أو لا لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ما إذا رده إلى عيال أصوله فإنه يقطع لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ومن الرد الحكمي الرد إلى فرعه وكل ذي رحم محرم منه بشرط أن يكون في عياله وإلا فليس برد ومنه الرد إلى مكاتبه وعبده

ومنه الرد إلى مولاه ولو كان مكاتبا ومنه إذا سرق من العيال رد إلى من يعولهم كما في البحر

وكذا لا تقطع لو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع بعد القضاء

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢/٥٠٠

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٣٤٤

وعن محمد تقطع وهو قول زفر والأئمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان في العين ولنا وإن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء أطلقه فشمل ما إذا تغير السعر في بلد أو بلدين حتى إذا سرق ما قيمته نصاب في بلد وأخذ في آخر فيه القيمة أنقص لم تقطع وقيد بنقصان القيمة لأن العين لو نقصت فإنه تقطع لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا أو دينا كما إذا استهلكه كله أما بنقصان السعر فغير مضمون فافترقا كما في أكثر المعتبرات أو ملكه أي السارق المسروق بعد القضاء بهبة مع القبض أو بيع

وقال زفر والشافعي تقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة السابقة والحكم بموجبها لا يبطل بالملك الحادث بعده ولنا أن الإمضاء في باب الحدود من القضاء فإذا ملكه بعد القضاء قبل الإمضاء سقط القطع كما لو ملكه قبل القضاء وقوله بعد القضاء قيد للمسألتين

أو ادعى السارق أنه أي المسروق ملكه أي ملك السارق بعدما ثبتت السرقة بالبينة فلا قطع عندنا وإن وصلية لم يثبت لأن الشبهة دارئة للحد فتحقق **بمجرد الدعوى** بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار إجماعا ومثل هذا يسمى اللص الظريف

وقال الشافعي لا يسقط **بمجرد الدعوى** وهو أحد الوجهين وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب الحد ولا يعجز السارق عن هذا ونقل عنه أنه لا تقطع وتمامه في الفتح

وكذا لو ادعاه أحد السارقين يعني إذا كان السارق اثنين فادعى أحدهما الملك لم يقطعا وإن لم يثبت سواء قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا فأنكر فلان فإنه يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه

ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على

". (١)

" صالح عنها أي عن اليمين على شيء صح الافتداء والصلح إن رضي به الخصم لأن عثمان رضي الله تعالى عنه أعطى شيئا لمن ادعى عليه أربعين درهما وافتدى يمينه ولم يحلف إذ لو حلف لوقوع على القيل والقال إذ الناس بين التصديق والتكذيب على كل حال فإذا افتدى صان عرضه لقوله عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم بمعنى ادفعوا وامتنعوا ولا يحلف بعده أي ليس للمدعي أن يحلف بعد

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٩٧/٢

ذلك لأنه أسقط حقه بأخذ البدل منه وفيه إشعار بأنه لا يجوز أن يبيع اليمين لأنها لم يكن مالا فله أن يستحلفه بعد ذلك

وفي التنوير ولو أسقطه أي اليمين قصدا بأن قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين إذ الاثنين بعد الواحد ولو اختلفا أي المتبايعان في قدر الثمن بأن قال المشتري اشتريت بألف وقال البائع بعت بألفين مثلا أو في قدر المبيع بأن قال البائع بعت عبدا وقال المشتري عبدين وكذا الحكم لو اختلفا في وصف الثمن أو في الجنس كما في الهداية فعلى هذا لو حذف القدر لكان أشمل أو فيهما أي في الثمن والمبيع جميعا بأن قال البائع بعت عبدا بألفين وقال المشتري لا بل بعت عبدين بألف حكم لمن برهن أي يحكم القاضي لمن أقام البينة منهما لأن الجانب الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى منها إذ هي متعدية حتى توجب القضاء فلا يعارضها **مجرد الدعوى**

وإن برهنا أي أقام كل منهما البينة بما ادعاه فلمثبت الزيادة أي يحكم لمثبت

". (١)

" منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة عندهم تأمل

ومثله أي مثل المكاتب في الحكم المذكور المأذون له في التجارة قيل هذا إذا كانت الأمة المنكوحة ثيبا أما لو كانت بكرا يؤخذ بالعقر حالا وكذا لو نكحها بإذن مولاه يؤخذ بالمهر في الحال

فصل وإذا ولدت المكاتبة من مولاها فلها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة أو إن شاءت عجزت من التعجيز نفسها مفعول عجزت لأنه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيهما شاءت وهي أي المكاتبة أم ولده سواء صدقته إذا ادعى أو كذبته لأن للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فثبت من غير تصديق بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى إلا بتصديق المكاتبة بخلاف ما إذا ادعى جارية ابنه يثبت نسبه **بمجرد الدعوى** ولا يحتاج إلى تصديق الابن وإذا مضت على الكتابة يعني إذا اختارت الكتابة

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣/٣٦٠

ومضت عليها أخذت أي أم الولد منه أي مولاه عقرها أي مهر مثلها لأنها مختصة بنفسها بالكتابة فصار المولى كالأجنبي في حق نفسها

وإن مات المولى بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها البدل لأن كتابتها بطلت وانتفت الفائدة في إبقائها لأنها تعتق مجانا من جهة كونها أم ولد

وإن ماتت المكاتبة وتركت مالا أديت منه أي من المال كتابتها وما بقي من المال ميراث لابنها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وإن لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لأنه حر قيل لو قال لولدها لكان أشمل للبنت انتهى لكن الابن يأخذ جميع المال وليست البنت كذلك لأنها تأخذ النصف والآخر للمولى ومراد المصنف ما يأخذ الجميع وهو الابن فقط لأنه قال وما بقي أي مجموع ما بقي تأمل

". (١)

" قرية يسمع منها أي القرية الصوت الجملة الفعلية صفة لقرية فهو هدر أما إذا سمع منها الصوت تكون فناء العمران وهم أحق بالتدبير فيه لرعي مواشيهم ألا يرى أنه ليس لأحد أن يحمي ذلك الموضع بغير رضاهم وأما إذا لم يسمع منها الصوت الواقع في البرية فيعد ذلك الموضع من جملة الموات فلا يجب فيه شيء ولا يوصف أهل القرية بالتقصير لأن القتل بهذه الحالة لا يلحقه الغوث بتصويته وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد فإن كانت فالقسامة والدية على عاقلته

وكذا لو وجد في وسط الفرات قال في المغرب هو نهر الكوفة والمراد به النهر العظيم لا بخصوص نهر الفرات فكأنه قال وما يشبهه ولهذا قال في المبسوط إذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه وذكر الوسط ليس بقيد احترازي لأن حكم الشط كحكم الوسط ما دام يجري بالقتيل ماؤه

وإن وجد محتبسا بالشط أي جانب النهر فعلى أقرب القرى منه أي من الشط لأن الشط في أيديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا أحق بتدبيره فكان ضمان المحتبس فيه عليهم ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم لأنهم أحق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لأراضيهم والتدبير في كريه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٤/٤

وإجراء الماء منه إليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق بالشركة فيه الشفعة فهو نهر عظيم كالفرات وجيحون كذا في الكافي

وإن التقى قوم بالسيوف ثم أجلوا أي انكشفوا وتفرقوا عن قتيل فعلى أهل المحلة لأن حفظ المحلة في مثل ذلك واجب على أهلها فحيث قصروا في الحفظ وجبت عليهم القسامة والدية إلا أن يدعي وليه أي القتيل على القوم الذين التقوا وأجلوا أو على واحد معين منهم فتسقط أي القسامة والدية عنهم أي عن أهل المحلة لأنه بدعواه جعل مبرئا لأهل المحلة عن القسامة والدية ولا يثبت القتل على أولئك القوم الذين التقوا وأجلوا إلا بحجة إذ **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق لقوله عليه الصلاة والسلام لو خلي الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من

". (١)

" للوكيل هذا مبني على أمل أن يجيزه الدائن ومتى انقطع ثبت له حق الرجوع (مجمع الأنهر) . المسألة الثالثة ، لو قبض الوكيل بقبض الدين وقال : إنني قبضته على أن أبرئك منه فللمدين الرجوع على الوكيل ؛ لأن قول الوكيل هذا استيفاء واعتبر بقبض جميع الدين ، فإذا أخذه الدائن ثانيا من المدين لزم الوكيل إعادة ما أخذه في مقابل الإسقاط وعليه لما كان هذا بمنزلة البيع فقد التزم الوكيل سلامة الدائن (تكملة رد المحتار ، الدر المنتقى) . وتجري أحكام مماثلة لهذا في خصوص إعطاء المستودع الوديعة لرسول المودع وقد ذكر في شرح المادة (ال ٧٩٤) . إذا جحد المدين كون هذا الشخص وكيلا بقبض الدين وأقر بالدين يحلف على كونه لا يعلم بأن الدائن قد وكل هذا الشخص بقبض الدين ، فإن حلف فليس بمجبور على إعطاء الدين ، وإن نكل يجبر على إعطاء الدين للوكيل ، لكن قد روي عن الإمام الأعظم أن المدين لا يحلف عرى هذا الوجه ؛ لأنه يقتضي لوجود حق التحليف ثبوت خصومة من يزعم الوكالة وهذا غير ثابت لعدم وجود الحجة (تكملة رد المحتار) . دفع المدين الدعوى في مواجهة الوكيل بقبض الدين : لو ادعى المدين أنه قد أعطى دينه للدائن في مواجهة الوكيل بقبض الدين أو أن الدائن أبرأه ولم تكن لديه بينة يجبر على إيفاء الدين للوكيل ؛ لأن الوكالة والدين مع أنهما ثابتان فلم يثبت الاستيفاء **بمجرد الدعوى** ، بناء عليه لا يؤخذ الحق **بمجرد الدعوى** . ولما لم يوجد للمدين بينة على هذا الوجه

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤٠٧/٤

فلا يكلف الوكيل باليمين على كونه لم يعلم باستيفاء الموكل الدين ؛ لأن الوكيل نائب ولا تتوجه اليمين على النائب ، وبعد أن يعطي المدين دينه الموكل على هذا الوجه يحلف الدائن لدى مراجعته على كونه لم يأخذ دينه . وإذا حلف يبقى الحكم على حاله . وإن نكل يبطل ويسترد المقبوض . لكن إذا ضاع المقبوض في يد الوكيل وأثبت بعد ذلك المديِن الإيفاء ، فلا يطلب المدين من الوكيل شيئا ويلزم أن يراجع الموكل ؛ لأن يد الوكيل كيد الموكل (الدر المختار ، مجمع الأنهر) . أما إذا كان للمدين شهود على دفعه أي على الإيفاء أو الإبراء فلا يحكم بها بالإيفاء أو الإبراء وإن استمعت ، بل يبقى خصوص قبض الدين موقوفا إلى حضور الموكل انظر المادة (١٥٢٠) وشرحها . للوكيل بقبض الدين الصلاحية في القبض في الصورة التي لا يمكن للموكل الامتناع عن القبول وذلك عبارة عن جنس حقه في عين الصفة أو أجود . أما لو كلف من طرف المدين ، فليس للوكيل صلاحية في قبض الشيء الذي يحق للموكل ألا يقبله كمبادلة الدين بجنس آخر واشتراء المال في مقابل دين ، وإذا اشترى مالا كان ذلك المال للوكيل . ويطلب الموكل دينه تماما من مدينه (علي أفندي) . للوكيل بقبض الدين أن يقبض كل الدين أو بعضه لكن إذا نهى الموكل عن قبض البعض ، فليس له قبض بعضه (البحر ، الطحطاوي) . ليس للموكل أن يطالب الوكيل بقبض الدين بالدين بمجرد قبوله الوكالة وهو لم يقبض الدين من المدين (علي أفندي) . وإذا كان الوكيل بقبض الدين شخصين قد وكلا معا ، فليس لأحدهما فقط قبض الدين وإن فعل ،

". (١)

"كذا يكون قد أقر بدين مقدار ذلك ويكون القيد المذكور لدى الحاجة معتبرا ومرعيا كإقراره الشفاهي ، ويكون حجة عليه في حياته ، وبعد وفاته . فلذلك لو أقر أحد بأنه قد قيد في دفتره بخط يده بأنه مدين لفلان بكذا دراهم فيلزم بإقراره هذا ؛ لأنه لا يكتب في دفتره إلا ما عليه صيانة من النسيان وللبناء على العادة الظاهرة (تكملة رد المحتار) . وعليه فالقيود التي في دفاتر التجار التي تكون ضدهم حجة عليهم . أما القيود التي لصالحهم فلا يؤاخذ الخصم بها . مثلا لو كان مقيدا في دفتر التاجر أن له في ذمة زيد عشرة دنانير فلا يكون هذا القيد من الأسباب الثبوتية للتاجر ، ويجب عليه إثبات مدعاه بوجه آخر ؛ لأن ذلك بمعنى إثبات الحق على الغير **بمجرد الدعوى** ، وليس في الشرع نظير لذلك والإفتاء به ضلال بين (

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٦٤/٣

رد المحتار وتكملته) . مثلا ؛ لو أبرز أحد سندا وادعى على صراف كذا ألف دينار وأقر الصراف بالسند وادعى تأديته المبلغ وأنه لم يتمكن من استرداد السند إلا أنه يوجد قيد في دفتر الصراف مبين فيه تأدية ذلك المبلغ فليس له إبراز ذلك الدفتر ، وإثبات دفعه . ويشار بتعبير معتد به بأنه إذا كان غير معتد به ، وكان احتمال تزوير فلا يعمل به ، وعليه إذا كان للتاجر كاتب ، وكان الدفتر في يد الكاتب فإذا أنكر التاجر ، أو ورثته بعد وفاته فلا يعمل بذلك الدفتر حيث يوجد شبهة تزوير بأن الكاتب قد قيد في الدفتر دينا بدون علم التاجر (رد المحتار) . إلا أن بعض التجار قد اتخذ أصولا أن يقيد معاملته مع شخص آخر في دفتر ذلك الآخر . مثلا : عندما يأخذ زيد التاجر من عمر و الصراف نقودا يكتب بخط يده في الدفتر الذي في يد عمر و بأنه اقترض من عمر و عشرة دنانير مثلا ، فإذا أقر زيد بأن هذا الخط هو خط يده فالظاهر أنه يؤاخذ بذلك ، ولا يكون وجود الدفتر في يد خصمه سببا لعد القيد غير معتبر . - * * * * * - المادة (١٦٠٩) - (إذا كتب أحد سندا أو استكتبه من كاتب وأعطاه لآخر موقعا بإمضائه أو مختوما فإذا كان مرسوما أي حرر موافقا للرسم والعادة فيكون إقرارا بالكتابة ، ويكون معتبرا ومرعيا كتقريره الشفاهي والوصولات المعتادة وإعطاؤها هي من هذا القبيل) . إذا كتب أحد سندا ، واستكتبه من كاتب وأعطاه لآخر موقعا بإمضائه ، أو مختوما بختمه إذا كان مرسوما أي محررا وفقا للرسم والعادة ، وكان صاحب الإمضاء ، أو الختم عالما باللغة التي حرر بها السند فهو إقرار بالكتابة ، ويكون معتبرا ومرعيا كإقراره الشفاهي (الخانية وقارئ الهداية ورد المحتار) . والوصولات التي تعطى عادة هي من قبيل الإقرار بالكتابة ومعتبرة كالتقرير الشفاهي . إن السند المحرر به اسم الدائن وشهرته ، ومقدار الدين ، والتاريخ ، والحاوي لإمضاء المدين ، أو ختمه في ذيله يعتبر في زماننا موافقا للرسم والعادة . ويحرر بعضا في السند سبب الدين وجهته وتاريخ تأديته ، ولا يحرر بعضا . أما إذا كان صاحب الإمضاء أو الختم غير واقف على اللغة التي حرر بها السند ، وادعى بأنه وقع إمضاؤه بدون علم مآل السند فلا يؤاخذ بالسند ما لم يثبت بأن السند قرئ عليه وشرح وفسر مضمونه له ، وأنه أمضى أو ختم السند بعد أن وقف على تمام مضمونه سواء أكان السند يتضمن الدين ، أو

". (١)

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٣٩/٤

" وقد ذكر في المادة (ال ١٨٣٠) أيضا بأنه يشترط حضور الخصم حين الحكم سواء أكانت الدعوى متعلقة بحقوق العباد ، أو متعلقة بحقوق الله كالطلاق ؛ إذ يشترط حضور الخصم في كليهما فلذلك إذا راجع شاهدان القاضي وشهدا بأن رجلا طلق زوجته بدون حضور ذلك الرجل ، أو وكيله وحكم القاضي بالطلاق فلا يصح حكمه ، ولا ينفذ (علي أفندي) . بما أن جلب المدعى عليه للمحاكمة بمجرد دعوى المدعي إضرار بالمدعى عليه فقد بين الفقهاء التفصيلات الآتية في هذا الباب وهي : إذا كانت دار المدعى عليه قريبة من المحكمة بدرجة بها يمكن المدعى عليه أن يرجع إلى بيته ليقضي ليله فيه قبل أن يفسد عشاؤه فيجلب المدعى عليه **بمجرد الدعوى** أما إذا كانت داره غير قريبة بهذه الدرجة فعلى قول يجلب المدعى عليه للمحاكمة بعد أن يقيم المدعي البينة ويثبت دعواه فإذا لم يستطع ذلك فلا يجلب المدعى عليه ، وهذه البينة هي لإجبار المدعى عليه على الحضور ، وليس لأجل الحكم (الخانية) . وعلى قول آخر إن القاضي يحلف المدعي اليمين بأنه محق في دعواه فإذا حلف يجلب خصمه ، وإذا لم يحلف يخرج المدعي من المحكمة (الدر المختار والبحر) . أما أقرباء المدعى عليه فلا ينوبون عن المدعي بمجرد كونهم أقرباءه ، وعليه فإذا كان لأحد دعوى على امرأة تتعلق بعرصة فليس للمدعي جلب زوجها للمحكمة ، والمخاصمة معه في غياب زوجته وحال كونه غير وكيل عنها (علي أفندي) . خصومة الحاضر عن الغائب – قيل (الخصم الأصيل) لأن الخصم الذي لم يكن مدعى عليه أصلا لا يشترط حضوره حين الدعوى بل يحكم عليه في غيابه ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية : أولا : لو أمر أحد آخر قائلا : أد ديني الذي علي لفلان فادعى المذكور بعد ذلك أداء ذلك الدين ، وطلب الرجوع على الآمر فأنكر قائلا : إنني لم أكن مدينا كما أنني لم آمر المدعي بأن يؤدي دينا عني كما أنه لم يدفع لفلان فإذا أقام المأمور البينة في غياب الشخص المذكور في مواجهة الآمر على الدين وعلى الأمر بالأداء ، وعلى أداء الدين تقبل ، ويحكم القاضي بجميع ذلك مع كون هذا الحكم يتضمن الحكم على الغائب . ثانيا – إذا أدى الكفيل بالأمر الدين للمكفول له ، وغاب المكفول له بعد ذلك ، وراجع الكفيل المكفول عنه وادعى الكفالة بالأمر والأداء وحق الرجوع ، وأنكر المكفول عنه الكفالة والأداء أو أقر بالكفالة ، وأنكر الأداء فإذا أثبت الكفيل بالبينة الكفالة ودفع المال فيثبت قبض الدائن أيضا ، ويلحق الحكم بذلك . حتى إذا كان الطالب والمكفول حاضرا ، وأنكر القبض فلا حكم له ، ويحكم بتلك البينة ببراءة ذمة المكفول عنه والكفيل يرجع على المكفول عنه (الخانية) . أما إذا ادعى بالكفالة المجردة ، ولم يدع بالكفالة بالأمر فليس له

حق المراجعة . انظر المادة (١٦٥٨) وشرحها . ثانيا – لو ادعى أحد على آخر قائلا : قد كفل هذا الشخص جميع ما يطلب لي ، وما هو حق لي من فلان الغائب ، وإن لي في ذمة فلان الغائب كذا درهما ، وأثبت ذلك يحكم على ذلك الشخص كما أنه يحكم على الشخص الغائب سواء أكانت الكفالة بأمر ، أو كانت بلا أمر . فلذلك إذا أراد أحد أن يثبت مطلوبه الذي في ذمة الغائب فالحيلة هي ما يأتي :

". (١)

" الفلاني وقد باعني إياها أبوه المحمود الحال بثمن المثل كذا دراهم فليسلم لي إياها فيعتبر إقرار الولي فإذا أقر الولي المذكور بالبيع على الوجه المذكور يؤمر بتسليم المبيع للمدعي وإذا أنكر يتوجه عليه اليمين . انظر المادة (١٥٧٣) . إن لولي الصغير كأبيه وأب الأب أن يبيع مال الصغير ولو لم يكن مسوغ شرعي كما بين ذلك في شرح المادة (٣٦٥) ولذلك فتعبير (مسوغ شرعي) الوارد في هذه الفقرة ليس بقيد احترازي بالنسبة إلى معنى الولي هذا وإذا قصد من الولي هنا الشخص الذي له حق التصرف في مال الصغير فتظهر فائدة هذا القيد ؛ لأنه ليس لوصي الصغير أن يبيع عقاره بدون مسوغ شرعي . كذلك يتوجه اليمين على المتولي الذي يدعي عليه بعقد عقده . مثلا لو ادعى أحد في حق أحمد مستغلات الوقف التي هي تحت يد المتولي المذكور قائلا : قد أجرتني العقار المذكور لمدة معلومة فسلمني إياه وأنكر المتولي ذلك ولم يثبت مدعاه فيحلف المتولي على أنه لم يؤجر العقار المذكور . كذلك لو ادعى أحد على متولي وقف قائلا : قد اشتريت مني كذا أشياء للوازم الوقف وقبضتها فأد لي الثمن وأنكر المتولي ولم يثبت مدعاه فله أن يطلب تحليف المتولي كذلك إذا ادعى متولي وقف على مستأجر الوقف بأجرة مجتمعة فادعى المستأجر بأنه قد أدى الأجرة المذكورة تماما وأنه لم يبق في ذمته شيء ولم يثبت دفعه هذا فله تحليف المتولي اليمين . القسم السابع – أن يكون المدعى عليه خصما في تسليم المدعى فقط لأن المدعى عليه لا يؤاخذ بعضا إذا أقر بالمدعى به كما أنه في حالة إنكاره لا تقام البينة عليه ولا يحلف إلا أن المدعى عليه إذا سلم المدعى به للمدعي يكون تسليمه صحيحا . مثلا لو ادعى أحد على المال الذي في يد آخر قائلا : إنك اشتريت هذا المال من وكيلي بالبيع فلان بكذا دراهم فأد لي الثمن فإذا أقر المدعى عليه بأنه اشترى المال المذكور من الشخص المذكور وأنكر أن الشخص المذكور وكيل للمدعي فلا تقبل

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١٥٩/٤

من المدعي بينة لإثبات الوكالة كما أنه لو أقر المدعى عليه فلا يحكم عليه بتسليم المدعى به للمدعي . أما إذا سلم المدعى عليه الثمن من تلقاء نفسه جاز . انظر المادة (١٥٠٣) (الأنقروي) . – * * * * * – المادة (١٦٣٥) – (الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط مثلا : إذا غصب أحد فرس الآخر وباعها لشخص آخر وأراد صاحب الفرس استردادها فيدعيها على الشخص الذي هو ذو اليد فقط أما إذا أراد تضمين قيمتها فيدعي ذلك على الغاصب) . الخصم في دعوى العين أي الادعاء بأن هذه العين ملكي فأطلب استردادها هو ذو اليد فقط يعني أن دعوى الملك إنما تصح على ذي اليد أو على نائبه إلا أنه لا يكون كل ذي يد خصما لوحده كما هو مستفاد من حكم المادة (١٦٣٧) فعليه إذا ادعى المدعي دعواه على هذا الوجه يجب عليه إثبات مدعاه إذ لا يترتب على **مجرد الدعوى** حكم ما ولا يمنع القاضي ذا اليد من التصرف بناء على الدعوى فقط (البحر) . المسائل المتفرعة على ذلك : المسألة الأولى – مثلا إذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر وأراد صاحب الفرس

". (١)

"لنا القياس على ما إذا انكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شئ وصورة الصلح على الانكار أن يدعي عليه دارا مثلا فينكر ثم يتصالحان على ثوب أو دين ولا يكون طلب الصلح منه اقرار لانه ربما يريد قطع الخصومة هذا إذا قال صالحني مطلقا وكذا لو قال صالحني عن دعواك الكاذبة أو قال صالحني عن دعواك بل الصلح عن الدعوى لا يصح مع الاقرار أيضا لان **مجرد الدعوى** لا يعتاض عنها ولو قال بعد الانكار صالحني عن الدار التى ادعيتها فوجهان (أحدهما) انه اقرار لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني (وأصحهما) انه ليس باقرار لان الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخصومة فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعى لاغير فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلحا على الانكار ولو قال بعنيها أو هبها منى فالمشهور انه اقرار ودونه صريح في التماس التمليك وعن الشيخ أبى حامد انه كقوله صالحني وفى معناه ما إذا كان التنازع في جارية فاق زوجنيها ولو قال اجرني أو أعرنى فاولى أن لا يكون اقرار ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكروقلنا لا يفتقر الابراء إلى القبول صح الابراء بخلاف الصلح لانه مستقل بالابراء فلا حاجة فيه إلى تصديق الغير ولهذا لو

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٠٤/٤

أبرأه بعد التحليف صح ولو صالحه لم يصح * وان جرى الصلح على الانكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين فوجهان (أحدهما) وبه قال القفال انه صحيح لان المتصالحين متوافقان على أن النصف مستحق للمدعى اما المدعى فانه يزعم استحقاق الكل وأما المدعى عليه فانه سلم والنصف له بحكم همته منه وتسليمه إليه فاذن الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق (والثانى) وبه قال الاكثرون انه باطل كما لو كان على غير المدعى قالوا ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة فالقول قول الدافع ألا ترى أنه لو دفع إليه دراهم وقال دفعتها عن الدين الذى به الرهن وانكر القابض أو دفع إلى زوجته دراهم." (١)

"البزازية: هو المختار إه.قوله: (فإنه يرجع إذا شهد على ذلك) يعني على أنه أنفق ليرجع، وهذا ما مشى عليها المصنف قبيل باب عزل الوكيل.قوله: (لا في حق الرجوع) ومثله قيم الوقف لانهما يدعيان لانفسهما دينا على اليتيم والوقف فلا يستحقاته **بمجرد الدعوى**.كذا في أدب الاوصياء.قوله: (قلت الخ) نقل في الشرنبلالية عن العمادية ما يوافق وما يخالفه.ثم قال: فقد اضطرب كلام أئمتنا في الرجوع مطلقا أو بالاشهاد عليه، فليحرر إه.أقول: والتحرير ما في أدب الاوصياء عن المحيط أن في رجوع الوصي بلا إشهاد للرجوع، اختلاف المشايخ إه.ونقل في أدب الاوصياء كلا من القولين عن عدة كتب وعن الخانية، فقد اضطرب كلام الخانية أيضا، ونقل عن الخلاصة اشتراط الاشهاد خلاف ما نقله الشارح عنها.ثم قال: وفي المنتقى بالنون: أنفق الوصي من مال نفسه عن الصبي وللصبي مال غائب فهو متطوع في الانفاق استحسانا، إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه، لان قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك.وفي العتابية: ويكفيه النية فيما بينه وبين الله تعالى.وفي المحيط عن محمد: إذا نوى الاب الرجوع ونقد الثمن على هذه النية، وسعة الرجوع فيما بينه وبين لله تعالى، أما في القضاء فلا يرجع ما لم يشهد، ومثله في المنتقى.وفيه أيضا: ولو شرى اوب لطفله شيئا يجبر هو عليه كالطعام والكسوة لصغيره الفقير لم يرجع، أشهد أو لم يشهد لانه واجب عليه، وإن شرى له ما لا يجب عليه كالطعام لابنه الذي له مال والدار والخادم رجع، إن أشهد عليه وإلا فلا.وعن أبي حنيفة في نحو الدار: إن كان للابن مال رجع إن أشهد، وإلا لا، وإن لم يكن له مال لم يرجع أشهد أو لا.وفي الخانية: ولو شرى لطفله شيئا وضمن عنه ثم نقده من ماله يرجع قياسا لا استحسانا إه.قلت: فقد تحرر أن في المسألة قولين: أحدهما عدم الرجوع بلا إشهاد في كل من الاب

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، ١٠/٢٧٣

والوصي.والثاني اشتراط الاشهاد في الاب فقط، ومثله الام الوصي على أولادها، وعللوه بأن الغالبمن شفقة الوالدين الانفاق على الاولاد للبر والصلة لا للرجوع، بخلاف الوصي الاجنبي فلا يحتاج في الرجوع إلى الاشهاد، وقد علمت أن القول الاول استحسان، والثاني قياس، ومقتضاه ترجيح الاول، وعليه مشى المصنف قبيل باب عزل الوكيل، وهذا كله في القضاء، والله تعالى أعلم.قوله: (وسيجئ) أي في آخر الفروع ما يفيده: أي يفيد اشتراط الرجوع في الابوين بل هو صريح في ذلك، فإن الذي سيجئ هو ما نقلناه ثانيا عن المنتقى.قوله: (أو قضى دين الميت) قال في أدب الاوصياء: وفي الخانية اشترط الاشهاد إذا قضاه بلا أمر الوارث، ولم يشترطه في النوازل وقال: وهو المختار، فإنه ذكر أن الوصي إذا نفذ الوصية من مال نفسه يرجع في مال الميت وهو المختار، فتكون الرواية في الوصية رواية في الدين لانه مقدم عليها، ووجوب قضائه آكد من لزوم إنفاذها اه.وهو." (١)

"لكونه غاصبا والمودع أو الغاصب إذا كان مقرا بالوديعة والغصب لا ينتصب خصما للمشتري وينتصب خصما لوارث المودع أو المغصوب منه.ومن اشترى شيئا بالخيار فادعاه آخر يشترط حضرة البائع والمشتري باطلا لا يكون خصما للمستحق، وإذا استحق المبيع بالملك المطلق وقضى به فبرهن البائع على النتاج وبرهن على المشتري في غيبة المستحق ليدفع عنه الرجوع بالثمن اختلف المشايخ، والاصح أنه لا يشترط حضرته.ومنهم من قال: المختار اشتراطها، وأفتى السرخسي بالاول وهو الاظهر.والاشبه أن الموصى له ينتصب خصما للموصى له فيما في يده، فإن لم يقبض ولكن قضى له بالثلث فخاصمه موصي له آخر: فإن إلى القاضي الذي قضى له كان خصما، وإلا فلا.وإذا ادعى نكاح امرأة ولها زوج ظاهر يشترط حضرته لسماع الدعوى والبينة ودعوى النكاح عليها بتزويج أبيها صحيحة بدون حضرة أبيها.ودعوى الواهب الرجوع في الهبة للعبد عليه صحيحة إن كان مأذونا، وإلا فلا بد من حضرة مولاه.والقول للواهب أنه مأذون ولا تقبل بينة العبد أنه محجور، فإن غاب العبد لم تصح دعوى الرجوع على مولاه إن كانت العين في يد العبد.وتمامه في خزانة المفتين.ا هـ.قوله: (فلا يقضى على غائب) أي بالبينة سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها وبعد التزكية، وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد إلا أن يكون ذلك ضروريا، كما إذا توجه القضاء على الخصم فاستتر بشرطه المذكور في موضعه.ابن الغرس: وأما إذا أقر عند القاضي فيقضى عليه وهو غائب، لان له أن يطعن في البينة دون الاقرار، ولان القضاء بالاقرار قضاء إعانة، لكن قال في الخامس

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٣٠٣

والعشرين من جامع الفصولين ناقلا عن الخانية: غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها.وقال أبو يوسف: يحكم وهذا أرفق بالناس.ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضي بتلك البينة، وكذا يقضي على الوارث ببينة قامت على مورثه، وقد مر الكلام على ذلك مستوفى في القضاء، فراجعه.وكذا لا تسمع الشهادة على غائب إلا إذا التمس المدعي بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضي إليه، فيكتب إلى القاضي الغائب الذي بطرفه الخصم بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه كما في الهندية عن البدائع.قوله: (وهل يحضره **بمجرد الدعوى**) أي يحضر القاضي الخصم.قوله: (فحتى يبرهن) يعني قال بعضهم: إنما يحضره إذا برهن على دعواه لا للقضاء بها بل ليعلم صدقه.وقال بعضهم: إنما تقام البينة على الخصم ولا خصم هنا بل يحلفه بالله أنه صادق فيما يدعي عليه ليعلم بذلك صدقه، فإن حلف أحضر له خصمه.قوله: (أو يحلف) أو لحكاية الخلاف، لانهما قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف.قال في البحر: إن كان في المصر أو قريبا منه بحيث لو أجاب يبيت في منزله، وإن كان أبعد." (١)

"مطلب: حادثة الفتوى وقد صارت حادثة الفتوى: مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها، وأما المتاع فيجعله في ناحية إلى حضور صاحبه، ولا يتوقف الفتح على إذن القاضي أخذا مما في القنية.وفي غصب منية المفتي: أخذت أغصان شجرة إنسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الاغصان: فإن كانت الاغصان بحال يمكن لصاحبها أن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع، وإن لم يكن لا يضمن إذا قطع من موضع لو رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع.ا هـ.وإن كان دينا، ففي مداينات القنية رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه، ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير.وعند الشافعي: له أخذه بقدر قيمته.وعن أبي بكر الرازي: له أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا قياسا، ولو أخذ من الغريم جنس الحق غير رب الدين ودفعهلرب الدين.قال ابن سلمة: هو غاصب والغريم غاصب الغاصب، فإن ضمن الآخذ لم يصر قصاصا بدينه، وإن ضمن الغريم صار قصاصا.وقال نصير بن يحيى: صار قاصصا بدينه والآخذ معين له، وبه يفتى.ولو غصب غير الدائن جنس الدين من المديون فغصبه منه الدائن، فالمختار هنا قول

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١٢/٢

ابن سلمة ا هـ.وظاهر قول أصحابنا أن له الاخذ من جنسه مقراكان أو منكرا له بينة أو لا، ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار، وينبغي أن له ذلك حيث لا يمكنه الاخذ بالحاكم وإذا أخذ غير الجنس بغير إذنه فتلف في يده ضمنه ضمان الرهن كما في غصب البزازية: رفع عمامة مديونه عن رأسه حين تقضاه الدين وقال لا أردها عليك حتى تقضي الدين فتلفت العمامة في يده تهلك هلاك الرهن بالدين.قال: هذا إنما يصح إذا أمكنه استردادها فتركها عنده.أما إذا عجز فتركها لعجزه ففيه نظر ا هـ.وأنت خبير بأن ما هنا مشكل، إذ يقتضي أن الزائد على الدين أمانة مع كونه غاصبا، إذ ليس له أخذ غير جنس حقه، فتأمل ذلك.وفي البزازية في الرهن، تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأسه وأعطاه منديلا فلفه على رأسه فالعمامة رهن، لان الغريم بتركها عنده رضي بكونها رهنا، وسيأتي في الرهن متنا أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا ا هـ.وفي جامع الفصولين: أخذ عمامة مديونه لتكون رهنا لم يجز أخذه وهلكه كرهن، وهذا ظاهر لو رضي المديون بتركه رهنا.ا هـ.والتوفيق بين النقول ظاهر، فتأمل، والله تعالى أعلم.قوله: (منية) عبارتها إذا طلب من القاضي إحضار الخصم وهو خارج المصر، إن كان الوضع قريبا بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضي ويجيب خصمه ويبيت في منزله يحضره **بمجرد الدعوى**، كما إذا كان في المصر، وإن كان أبعد قيل يأمر بإقامة البينة على موافقة دعواه لاحضار خصمه.وقيل يحلفه القاضي، فإن نكل أقامه عن مجلسه وإن حلف يأمر بإحضاره.ا هـ.كما قدمناه بأوضح من هذا.قوله: (ومعلومية المال المدعي) أي ببيان جنسه وقدره بالاجماع، لان الغرض إلزام المدعى عليه عند إقامة البينة، ولا إلزام فيما لا يعلم جنسه وقدره.." [1]

"وفيه: ولو أقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية، لان له حق الجرح في الشهود، وعن أبي يوسف أنه يقضى.ا هـ.واعلم أنه ينبغي أن يشترط في الوكيل ما سبق في الكفيل من كونه ثقة معروف الدار، وفي البحر عن الصغرى: لو أبى إعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر.ا هـ.قوله: (يؤمن هروبه) تفسير للثقة.قال في البحر: وفسره في الصغرى بأن لا يخفي نفسه ولا يهرب من البلد بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء ويتركه ويهرب منه، وهذا شئ يحفظ جدا، وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالاوقاف، وإن لم يكن له ملك في دار أو حانوت لانه لا يتركها ويهرب ا هـ.وفسره في شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار والتجارة، ولا يكون لحوحا معروفا

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١٤/٢

بالخصومة، وأن يكون من أهل المصر لا غريبا.ا هـ.قال الحموي: وكذا العسكري فإنه لا يهرب ويترك علوفته من الديو ان.والحاصل: أن المدار على الامن من الهروب ا هـ.وفي البحر أيضا عن كفالة الصغرى: القاضي أو رسوله إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعي أولا بأمره، فإن لم يضف الكفالة إلى المدعي بأن قال أعط كفيلا بنفسك، ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضي ورسوله، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ، ولو سلم إلى المدعي فلا، وإن أضاف إلى المدعي كان الجواب على العكس ا هـ.وفيه عنها: طلب المدعي من القاضي وضع المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس: فإن كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي، ولو فاسقا يجيبه.وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي.ا هـ.قال في البحر: وظاهر أن الشجر من العقار، وقدمنا خلافه.وفي أبي السعود عن الحموي عن المقدسي التصريح بأنه من العقار.ا هـ.أقول: وقدمنا الصحيح من ذلك فلا تنسه.وفي الخزانة: إذا أقام بينة ولم تزك في جارية يضعها القاضي على يد امرأة ثقة حتى يسأل عن الشهود، ولا يتركها في يد المدعى عليه عدلا كان أو لا.هذا إن سأل المدعي من القاضي وضعها.اه.وإنما أخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسانا لان فيه نظرا للمدعي، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لان الحضور مستحق عليه **بمجرد الدعوى** فصح التكفيل بإحضاره: أي من غير جبر كما قدمنا.قوله: (ولو وجيها) ضد الخامل، والوجيه من له حظ ورتبة، والخامل من خمل الرجل خمولا من باب قعد: ساقط لنباهة لا حظ له.مصباح.قوله: (في ظاهر المذهب) أي المعتمد.وعن محمد أن الخصم إذا كان معروفا أو المال حقيرا والظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على إعطائه الكفيل.قوله: (في الصحيح) قال في البحر: ثم تأقيت الكفالة بثلاثة أيام ونحوها ليس لاجل أن يبرأ الكفيل عنها بعد الوقت، فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده، لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل. فلا يطالب إلا بعد مضيه، لكن لو عجل يصح، وهناللتوسعة على المدعي فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعي عن إقامتها، وإنما يسلم إلى المدعي فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعي عن إقامتها، وإنما يسلم إلى المدعي بعد وجود ذلك الوقت، حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل.قوله: (إلى مجلسه) أي." (١)

"منه: تحالفا: تعاهدا وتعاقدا على أن يكون أمرهما واحدا في النصرة والحماية، وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف، يريد به أن كلا منهما لم يذكر التحالف بمعنى التقاسم، وهذا

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/٦١

اصطلاح جديد من الفقهاء، ولا يذهب عليك أن هذا غفلة عن دأب أهل اللغة، فإنهم يذكرون أصل المادة في كل كلمة ثم يفرعون عليها المزيدات تارة ولا يفرعون أخرى، وهنا كذلك حيث فرعوا بالمزيدعلى الحلف بالكسر، ولم يفرعوا به على الحلف بالفتح تدرب كما لا يخفى.قوله: (ذكر يمين الاثنين) ليناسب الوضع الطبع.قوله: (في قدر ثمن) دخل فيه رأس المال في السلم كما دخل المسلم فيه في المبيع.بحر.قوله: (أو وصفه) بأن ادعى البائع أنه بدراهم رائجة وادعى المشتري أنه بدراهم فاسدة.قوله: (أو جنسه) بأن ادعى البائع أنه بالدنانير والمشتري بالدراهم، وكذا لو اختلفا في جنس العقد كالهبة والبيع على المختار فيهما.قوله: (أو في قدر مبيع) ولم يتعرض للاختلاف في وصفه أو جنسه لانه لا يوجب التحالف، بل القول فيه للبائع مع يمينه، صرح بالاول في الظهيرية على ما سنذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر الشارح له، ولم أر من صرح بالثاني، ولكن يدخل تحت الاختلاف في أصل البيع.تدبر.قوله: (لانه نور دعواه بالحجة) وبقي في الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى لانها تلزم الحكم على القاضي، بخلاف الدعوى.وفي البحر عن المصباح، البرهان: الحجة وإيضاحها.قيل النون زائدة، وقيل أصلية.وحكى الازهري القولين فقال في باب الثلاثي: النون زائدة، وقوله برهن فلان مولد، والصواب أن يقال أبرأه إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الاعرابي.وقال في باب الرباعي: برهن: إذا أتى بحجة ا هـ.قوله: (وإن برهنا فلمثبت الزيادة) بائعا كان أو مشتريا.حموي.إذ لا معارضة أي في الزيادة: أي إن برهن كل منهما في الصورتين حكم لمن أثبت الزيادة، وهو البائع إن اختلفا في قدر الثمن، والمشتري إن اختلفا في قدر المبيع، هذا مقتضى ظاهر كلامه.وكذا إذا اختلفا في وصف الثمن أو جنسه، وبرهن كل على ما ادعاه حكم لمثبت وصف أو جنس اقتضى زيادة، وهذا مقتضى سياق كلامه وسياقه أيضا حيث صرح في بيان اختلاف الاجل بأن التحالف يجري في الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه.تدبر.قوله: (إذ البينات للاثبات) ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر، ولان النافي منكر ويكفيه اليمين فلا حاجة لبينته، بخلاف مدعي الزيادة لانه مدع حقيقة، ولا يعطى بدعواه بلا برهان.وفي الزيلعي، قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة، فبينة البائع أولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه، والبينة للاثبات دون النفي.قوله: (وإن اختلفا فيهما) أي الثمن والمبيع جميعا بأن ادعى البائع أكثر مما يدعيه المشتري من الثمن،وادعى المشتري أكثر مما يقر البائع من المبيع في حالة واحدة، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع، لان حجة البائع في الثمن أكثر إثباتا وحجة المشتري في المبيع أكثر إثباتا.درر.وصورة في العناية بما إذا

قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وأخرى معها بخمسين دينارا وأقاما البينة، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى إثبات الزيادة فهما جميعا للمشتري بمائة دينار.قيل هذا قول أبي حنيفة آخرا، وكان يقول أولا وهو." (١)

"قوله: (خلافا لمحمد) فإن الغصب يجري فيه عنده، فلو جحده يكون ضامنا.قوله: (في الاصح) أي قوله هو الاصح.قوله: (غصب الزيلعي) أي ذكره الزيلعي في كتاب الغصب.قوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) أي لانه لو جحدها في وجه عدو يخاف عليها التلف، إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لانه إنما أراد حفظها.كذا في المنح.قوله: (فلو كان لم يضمن) أي أقر ثم هلكت.قوله: (وقيد بقوله ولم يحضرها الخ) أقول: لم يصرح به في الكنز.والجواب عنه أنه حيث قلتم إنه إيداع جديد فما مدخله في مسألتنا فتأمله.ذكره الخير الرملي.قوله: (فإن أمكنه) أي ربها أخذها عند إحضارها ليجعل قابضا لها.قوله: (لم يضمن لانه إيداع جديد) أي بقوله: دعها فيكون إبقاؤها إيداعا جديدا قوله: (وإلا) أي وإن لم يكن المالك أخذها عند إحضارها.قوله: (ضمنها) لانه لم يجعل قابضا لها فبقيت مضمونة على جاحدها.قوله: (لانه لم يتم الرد) أي ردها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكنه من أخذها فلا يصح الايداع الجديد، لان الايداع إنما يكون لعين ماله، وهو إنما يستحق على المودع ضمانها فهو كالدين في ذمته والمضمون لا يصير أمانة إلا بعد الخروج عن عهدة ضمانه وذلك بالتسليم التام الذي يمكن المالك معه القبض والتسليم.قوله: (وقيد بقوله لمالكها) أو وكيله كما في التاترخانية فاللام بمعنى عند، ويؤيده قول الدرر: أو جحودها عند مالكها.قال الخير الرملي: لا حاجة إليه أي مالكها لانه هو المراد لا غيره إذ الكلام فيه فلذا لم يذكره في الكنز.قوله: (فإذا تمت الشروط) وهي طلب ردها ونقلها وكونه منقولا وعدم الخوف عليها وعدمإحضارها بعده جحودها وكون الجحود لمالكها لم يبرأ الخ.قوله: (إلا بعد جديد ولم يوجد) والحاصل على ما ذكره المصنف أنه لا يضمن إلا بشروط: أن يجحد عند سؤال ردها، وأن ينقلها، وأن يكون نقلها زمن إنكاره، وأن تكون مما ينقل، وأن لا يكون عند الانكار من يخاف عليها منه، وأن لا يحضرها بعد الجحود، وأن يكون الجحود لمالكها.فإن وجدت هذه الشروط ضمن.وإلا بأن جحد عند غير صاحبها أو عنده حين يسأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف منه فجحدها لا يضمن.قوله: (قبل) لعدم تناقضه فإنه يقول إني بعد أن جحدتك الوديعة نسيانا أو ظلما ثم تذكرت أو

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٧٧/٢

رجعت عن الظلم كان مدعيا فإذا نور دعواه بالبينة قبلت فيبرأ عن الضمان.قوله: (كما لو برهن الخ) هكذا نقله في الخانية والخلاصة.ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق، لكن في عبارته سقط، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في **مجرد الدعوى**، حتى يقال لا يصدق.." [1]

"وفي جامع الفصولين: طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال في الغد تلفت قبل قولي اطلبها غدا ضمن لتناقضه لا بعده.طلبها فقال أعطيتكها ثم قال لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق التناقض.ثم قال: وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن.قوله: (كما لو برهن الخ) هكذا نقله فيالخانية والخلاصة.ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق، لكن في عبارته سقط، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في **مجرد الدعوى**، حتى يقال لا يصدق، وقد راجعت الخلاصة وكتبت السقط على هامش البحر، فتنبه.قوله: (أني دفعتها) بفتح همزة أني وكسر نونها مشددة: أي عند الايداع.قوله: (إن علم) الاصوب علمت: أي القسمة، ونقل في المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الايداع بدون تفصيل، لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر، وفيما نقله سقط فإن ما رأيته في الخلاصة موافق لما في العمادية، فتنبه.قوله: (قيوم) بنصفه مضافا للإيداع.قوله: (جحد) أي قال لرب المال لم تدفع إلي شيئا.قوله: (اشترى) يعني بعدما أقر ورجع عن الجحود بأن قال بلى قد دفعت إلي، بخلاف ما لو أقر جحد الشراء فيضمن والمبتاع له.منح عن الخانية.قوله: (فإن له) بتسكين النون.قوله: (وبأهله لا) وأجمعوا على أنه لو سافر بها في البحر يضمن.قال الاسبيجابي.كذا في العيني.مدني.قوله: (مثليا أو قيميا) وخلافهما في الاول قياس على الدين المشترك.بحر.قوله: (لم يجز) قدره بناء على ما سيأتي من أنه لو دفع لم يضمن، فلم يبق المراد بنفي الدفع إلا عدم الجواز، وسيأتي ما فيه.وفي البحر: وأشار بقوله: لم يدفع إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وأما أنه لو دفع لا يكون قسمة اتفاقا حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لاحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها.قوله: (المودع) بفتح الدال.قوله: (إلى أحدهما) أي أحد المودعين بكسر الدال.قوله: (في غيبة صاحبه) عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو مروي عن علي رضي الله عنه، وقالا له ذلك لانه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة، وإن كانت الوديعة من غير ذوات الامثال ليس له ذلك إجماعا، قاله العيني.وفي الدرر: قيل الخلاف في

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٤٩٦/٢

المثليات والقيميات معا، والصحيح أنه في المثليات فقط اه.فتبين أن ما في المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه شيخنا القاضي عبد المنعم.مدني.قال." [١]

"فصل إذا وجد لقيط بدار الإسلام وفيها أهل ذمة أو بدار فتحوها أي المسلمون (وأقروها بيد كفار صلحا) أي على وجه الصلح (أو) أقروها بيدهم (بعد ملكها بجزية وفيها مسلم) في الصورتين. (حكم بإسلام اللقيط) في المسائل الثلاث تغليبا للإسلام فإن لم يكن فيما فتحوها مسلم فاللقيط كافر. (وإن وجد بدار كفار فكافر إن لم يسكنها مسلم) وإن سكنها مسلم (كأسير وتاجر وإلا فمسلم في الأصح) تغليبا للإسلام، والثاني هو كافر تغليبا للدار. (ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي بينة بنسبه لحقه وتبعه في الكفر) للبينة (وإن اقتصر على الدعوى فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر) لأنه قد حكم بإسلامه فلا يغير **بمجرد الدعوى**، والطريق الثاني فيه قولان ثانيهما يتبعه في الكفر كالنسب. (ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أخريين لا تفرضان في لقيط إحداهما الولادة فإن كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق فهو مسلم) [٢]تغليبا للإسلام (فإن بلغ ووصف كفرا) أي أعرب به عن نفسه كما عبر به في المحرر والشرح هنا وبعد. (فمرتد ولو علق بين الكافرين ثم أسلم أحدهما حكم بإسلامه) تبعا له. (."[٣]

"(قوله أجنبي أنفق إلخ) ظاهره أنه أنفق من مال نفسه مع أنه ذكر في جامع الفصولين قبيل هذه المسألة عن أدب القاضي : ادعى وصي أو قيم أنه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع في مال اليتيم والوقف ليس له ذلك ، إذ يدعي دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح **بمجرد الدعوى** ، فلو ادعى الإنفاق من مال الوقف واليتيم نفقة المثل في تلك المدة صدق .ا هـ إلا أن يحمل على أن الأجنبي أنفق من مال اليتيم أو يفرق بين مال الأجنبي ومال الوصي ، لكن فيه إثبات دين للأجنبي على اليتيم بمجرد إقرار الوصي ، ولم أر صريحا صحته ، نعم في القنية وغيرها : أو أنفق ماله على الصغير ولم يشهد ، فلو كان المنفق أبا لم يرجع وفي الوصي اختلاف .ا هـ .وقدمنا في باب المهر عند الكلام على ضمان الولي المهر أن اشتراط الإشهاد استحسان ، وعليه فلا فرق بين الوصي والأب إن كانت العادة أن الأب ينفق تبرعا ومر تمام الكلام هناك فراجعه ، وسيأتي أيضا آخر الكتاب إن شاء الله تعالى .مطلب أمر غيره بالإنفاق ونحوه هل يرجع

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢٣٧/٦

(٢) ص: ١٢٨

(٣) شرح المحلي على المنهاج، ١٩٥/١

(قوله وفيه إلخ) أقول : في الخانية ذكر في الأصل إذا أمر صيرفيا في المصارفة أن يعطي رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل يرجع على الآمر في قول أبي حنيفة ، فإن لم يكن صيرفيا لا يرجع إلا أن يقول عني ، ولو أمره بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا ، وإن لم يقل على أن ترجع علي بذلك ، وكذا لو قال أنفق من مالك على عيالي أو في بناء داري يرجع بما." (١)

"إن بعتك فأنت حر فباعه فاسدا عتق وصحيحا لا .إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه دخل عتق ؛ وفي إن كلمته لا ؛ لأنها على فعل نفسه ؛ ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما جازت إن جحد ، وكذا إن ادعاه عند محمد وأبطلها الثاني .s(قوله وصحيحا لا) والفرق أن نزول العتق المعلق بعد الشرط وهو بعد البيع ليس بمملوك فلا يعتق والملك في البيع الفاسد باق لا يزول إلا بتسليمه فيعتق ، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع ، فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كما في الفتح عن المبسوط (قوله عتق) ؛ لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته فتح (قوله ؛ لأنها على فعل نفسه) كذا قال في الفتح : أي لأن شهادة فلان على فعل نفسه وهو التكليم .قال المقدسي : وفيه أنه إنما شهد على فعل العبد ، وإنما يظهر هذا لو قال إن كلمك فلان (قوله ولو شهد ابنا فلان) أي في صورة التعليق على كلام أبيهما (قوله جازت إن جحد) أي الأب ؛ لأنها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط فتح (قوله عند محمد) ؛ لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما ، فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر **مجرد الدعوى** والإنكار ؛ لأن بشهادتهما يظهر أن صدقه فيما يدعيه فتح ، والله سبحانه أعلم .." (٢)

"(وشرطها) أي شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضى على غائب وهل يحضره **بمجرد الدعوى** ؟ إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذ لا يقضى بمجهول ، ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني ، وظهوره في المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة

---

(١) رد المحتار، ٢١١/١٣

(٢) رد المحتار، ٣٩٤/١٣

على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه ، فالظاهر عدم سماعها بحر ، وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية .s." [1]

"(قوله : ولو جحدها إلخ) ولو قال : ليس له علي شيء ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق ، ولو قال : لم يستودعني ، ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق بحر ، وكأن وجه الأول أن علي : للدين فلم يكن منكرا للوديعة ، تأمل .وفي جامع الفصولين : طلبها ربها فقال : اطلبها غدا فقال في الغد : تلفت قبل قولي : اطلبها غدا ضمن لتناقضه لا بعده طلبها فقال : أعطيتكها ثم قال : لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض ، ثم قال : وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن (قوله : كما لو برهن إلخ) هكذا نقله في الخانية والخلاصة .ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق لكن في عبارته سقط ، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في **مجرد الدعوى** ، حتى يقال : لا يصدق ، وقد راجعت الخلاصة ، وكتبت السقط على هامش البحر فتنبه (قوله : أني دفعتها) بفتح همزة أني وكسر نونها مشددة أي عند الإيداع (قوله إن علم) الأصوب : علمت ، أي القسمة ونقل في المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط فإن ما رأيته في الخلاصة موافق لما في العمادية فتنبه (قوله : فيوم) بنصبه مضافا للإيداع (قوله جحد) أي قال لرب المال لم تدفع إلي شيئا (قوله : اشترى) يعني بعدما أقر ورجع عن الجحود بأن قال : بلى قد دفعت إلي ، بخلاف ما لو أقر جحد الشراء ، فيضمن ، والمبتاع له ، منح عن الخانية." [2]

"(وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أي تفرقوا (عن قتيل فعلى أهل المحلة) لأن حفظهما عليهم (إلا أن يدعي الولي على أولئك أو) يدعي (على) بعض (معين منهم) فلم يكن على أهل المحلة شيء ولا على أولئك حتى يبرهن ، لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق وبرئ أهل المحلة لأن قوله حجة عليه (ومستحلف) على صيغة اسم المفعول .s(قوله وإن التقى قوم بالسيوف إلخ) هذا إذا اقتتلوا عصبية ؛ وإلا فلا شيء فيه كما يأتي آخر الباب مع الفرق بينهما (قوله على أولئك) أي القوم وكان التعبير به كما في الملتقى أظهر (قوله منهم) أي القوم (قوله حتى يبرهن) أي بإقامة شاهدين من غير أهل المحلة لا منهم

---

(١) رد المحتار، ٤٣٢/٢٢

(٢) رد المحتار، ٤٣٧/٢٣

كما يأتي قريبا (قوله لأن بمجرد إلخ) علة لقوله ولا على أولئك (قوله لأن قوله حجة عليه) لأن دعواه تضمنت براءة أهل المحلة." (١)

"(قوله رجع مطلقا) قال في المنح : وقيل إن كان هذا الوصي وارث الميت يرجع في تركة الميت وإلا فلا ، وقيل إن كانت الوصية للعباد يرجع لأن لها مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين ، وإن كانت الوصية لله تعالى لا يرجع ، وقيل له أن يرجع على كل حال وعليه الفتوى كما في الدرر ، وفي البزازية هو المختار ا هـ (قوله فإنه يرجع إذا أشهد على ذلك) يعني على أنه أنفق ليرجع وهذا ما مشى عليه المصنف قبيل باب عزل الوكيل (قوله لا في حق الرجوع) ومثله قيم الوقف لأنهما يدعيان لأنفسهما دينا على اليتيم والوقف فلا يستحقانه **بمجرد الدعوى** كذا في أدب الأوصياء (قوله قلت إلخ) نقل في الشرنبلالية عن العمادية ما يوافق هذا وما يخالفه ، ثم قال : فقد اضطرب كلام أئمتنا في الرجوع مطلقا أو بالإشهاد عليه فليحرر ا هـ .أقول : والتحرير ما في أدب الأوصياء عن المحيط أن في رجوع الوصي بلا إشهاد للرجوع اخ‍تلاف المشايخ ا هـ ونقل في أدب الأوصياء كلا من القولين عن عدة كتب وعن الخانية ، فقد اضطرب كلام الخانية أيضا ونقل عن الخلاصة اشتراط الإشهاد خلاف ما نقله الشارح عنها .ثم قال : وفي المنتقى بالنون : أنفق الوصي من مال نفسه على الصبي وللصبي مال غائب فهو متطوع في الإنفاق استحسانا إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لأن قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك ، وفي العتابية ويكفيه النية فيما بينه وبين الله تعالى .وفي المحيط عن محمد إذا نوى الأب." (٢)

"او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر اولا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم اباهما فإن جحد الاب جازت شهادتهما لانهما شهدا على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما بوجود الشرط وان دعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به

---

(١) رد المحتار، ٣٨٧/٢٨

(٢) رد المحتار، ١٩٥/٢٩

لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر **مجرد الدعوى** والانكار لان شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله اعلم

". (١)

"

فطابق فهو أولى به من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو أقاما البينة وأحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سبي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لأن سبب الاستحقاق هناك ليس **مجرد الدعوى** بل البينة فلو قضى له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي يرجع إلى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وإن كان المدعى أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة انه جوز إلى خمسة ولو ادعته امرأة لا يقبل إلا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وإن ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق إلا ببينة على ذلك قوله وإذا وجد اللقيط في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أولا ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أو لا فإن ادعاه ذمي أنه ابنه يثبت نسبه

---

(١) شرح فتح القدير، ٤/٥٢٠

". (1)

"بالبينة أنه أقر على نفسه بزوال البيت عن ملكه وعلى جواب القياس يحمل على التوفيق وإن لم يدع . ولو ادعى دارا في يد رجل أنها له منذ سنة فشهد الشهود أنها له منذ عشرين سنة بطلت شهادتهم فلو ادعى المدعي أنها له منذ عشرين سنة والشهود شهدوا أنها له منذ سنة جازت هادتهم . أما إذا كان المدعي به عقد أو شيئا من أسباب الملك . رجل ادعى دارا في يد رجل أنها له اشتراها من فلان غير ذي اليد فجاء بشاهدين فشهدا أن فلانا ذلك وهبها له وقبضها وهو يملكها لا تقبل هذه الشهادة حتى يفق فيقول اشتريتها منه فجحدني ثم وهبها لي بعد ذلك وأقام البينة على ذلك قبلت شهادتهم ولا تقبل قبل التوفيق لوجود المخالفة صورة ومعنى . أما الصورة فزاهر وأما المعنى فلأن الملك (2) الحاصل بالهبة غبر الملك المستفاد بالشراء لأن الهبة تفيد الملك بغير عوض ولا يكون فيه خيار الرؤية والعيب ولا يكون لازما ولا يكون فيه ضمان الرجوع عند الاستحقاق والشراء يثبت جميع ذلك والتوفيق وإن كان محتملا إلا أن هذا النوع من التوفيق لا يثبت من غير دعوى لأنه يحتاج إلى نقص الذي ادعاه أولا وإلى اثبات عقد شهد به الشهود فيكون في الحمل على هذا الوجه إنشاء الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومات لا لإنشائها وهذا النوع من التوفيق كمالا يثبت بدون الدعوى لا يثبت **بمجرد الدعوى** وإنما يثبت إذا أعاد البينة على التوفيق بخلاف ما تقدم لأن ههنا أقر بالملك لغيره ثم ادعى الهبة ودعوى الهبة دعوى على الغير وليس بإقرار على نفسه والدعوى لا تثبت إلا بالبينة بخلاف الإبراء ونوى ذلك لأن ذلك إقرار على نفسه وشهادة الشهود على الهبة قبل التوفيق كانت قبل الدعوى فلا تعتبر . وحكي عن الشيخ الإمام أبي القاسم الصفار أنه قال مالم يأت ببينة أنه كان اشتراها من فلان ثم جحد فلان الشراء ثم وهبها منه وقبضها المدعي لا تقبل ومشايخنا رحمهم الله تعالى أنكروا ذلك وقالوا لو وجد بينة على الشراء لا يحتاج إلى دعوى الهبة لكن لا بد أن يقيم البينة على الهبة والقبض بعد الشراء كما لو ادعى الهبة في وقت قبل الشراء لا تقبل لأنه في التوفيق ادعى الهبة بعد ما جحد الشراء فإذا أقام البينة على هبة في وقت قبل الشراء كان متناقضا . وإن ادعى دارا في يد رجل أنها كانت لأبيه فلان مات وتركها ميراثا له منذ سنة فجحد المدعى عليه فجاء

(1) شرح فتح القدير، ٦/١١٣

(2) ٤٧٧

المدعي بشهود فشهدوا انه اشتراها من الذي في يده منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل هذه الشهادة إلا أن يوفق فيقول اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا ثم بعتها من أبي ثم مات أبي فورثتها منه فإذا وفق على الوجه وشهد الشهود بذلك يقضي له ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من أبيه لأن دعوى البيع من أبيه دعوى على الأب فلا يثبت إلا ببينة . وكذا لو ادعى الإرث أو لا فشهد الشهود بالهبة أو الصدقة م كان الشراء لا تقبل ما لم يوفق . عبد في يد رجل ادعى رجل أن الذي في يده تصدق به عليه منذ سنة وقبضه وجحد الذي في يديه فجاء المدعي بشهود فشهدوا أنه اشتراه من ذي اليد منذ سنتين لا تقبل إلا أن يفق فيقول اشتريته منه منذ سنتين ثم بعته منه ثم تصدق به علي منذ سنة فإذا وفق على هذا الوجه فشهد الشهود على البيع منه ثن بالصدقة يقضي له . ولو ادعى أولا الشراء من ذي اليد فشهد الشهود بالصدقة منذ سنتين وادعى المدعي ذلك لا تقبل إلا أن يوفق فيقول تصدق يه على منذ سنتين وقبضه ثم بعته منه منذ سنة ثم اشتريته وشهد الشهود له بذلك . ولو ادعى الصدقة منذ سنة فشهد الشهود أنه اشتراه منه منذ شهر لا تقبل إلا أن يوفق فيقول تصدق به على منذ سنة وقبضته ثم وصل إليه بسبب من الأسباب وجحد الصدقة فاشتريته منه منذ شهر فإذا وفق على هذا الوجه وأثبت بالبينة قبلت بينته . ولو ادعى ميراثا عن أبيه منذ سنة وشهد الشهود أنه اشتراه من ذي اليد بعد ما قام من عند القاضي لا تقبل فإن وفق فقال جحدني الميراث واشتريته منه الآن قبل بينته لكن إذا أعاد البينة على ذلك لأن الشراء من ذي اليد دعوى على ذي اليد فلا يثبت بدون البينة والشهادة الأولى قامت قبل الدعوى فلا تعتبر .ولو ادعى أمة في يد رجل وقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر فجحد البائع ذلك وداء المدعى بشهود فشهدوا أنه اشتراها منه بألف منذ قام من عند القاضي لا تقبل لمكان المخالفة إلا أن يقول اشتريتها بالعبد منذ شهر ثم جحدني فاشتريتها منه بألف درهم بعد ذلك فإذا وفق على هذا الوجه وأعاد البينة على الشراء بألف يقبل ذلك . ولو ادعى أولا أ،ه اشتراها منه بالعبد منذ شهر ثم جاء بشهود فشهدوا أ،ه اشتراها منه منذ سنة أو قبل ذلك لا تقبل التناقض إلا أ، يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد به الشهود ثم بعتها منه ثم اشتريتها منذ شهر فإذا وفق على هذا الوجه وشهد الشهود بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق ويقضي له .ولو ادعى دارا في يد رجل أنهاله فجاء بشاهدين فشهد أحدهما أنها داره ورثها عن أبيه وشهد." (١)

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، ٢/٢٩٢

"(واللقيط مسلم) اعلم أن الإسلام يحصل تارة بالمباشرة وإنما يصح من مكلف كما مر في الحجر وتارة بالتبعية وجهاتها ثلاث الدار وإسلام الأصل وإسلام السابي وقد أخذ في بيانها بهذا الترتيب فقال : (بأن يوجد حيث أحد منا سكن) أي : اللقيط مسلم بشرط أن يوجد حيث سكن مسلم يمكن أن يكون ولده ولو نفاه أو كان تاجرا أو أسيرا ولو بدار الحرب تغليبا للإسلام فإن لم يسكن فيه مسلم فكافر وإن اجتاز به مسلم قال في الروضة : وأصلها فإن اختلفت ملل أهل البقعة فالقياس جعله من خيرهم دينا قال الأذرعي : وقيد السكنى ذكره القاضي وغيره والظاهر أن التوطن غير مراد بل من انقطع عنه حكم السفر كالساكن بل ينبغي أن يكون المقيم بعض يوم كذلك انتهى وعليه فالمراد بالمجتاز المار من غير مكث يمكن فيه الوطء .قال الإمام ويتجه أن يكون المحبوس في مطمورة كالمجتاز (ولو مع استلحاق شخص ذمي) للقيط (إن عدم) أي الذمي (الحجة) أي البينة بنسبه وكان استلحاقه (بعد الحكم) بإسلامه فإنه مسلم وإن لحقه لاحتمال أنه من مسلمة ولأنه حكم بإسلامه فلا يغير **بمجرد الدعوى** كما في إسلامه بعد البلوغ ويحال بينهما فإن وجد بينة بنسبه حكم بكفره وارتفع ما كنا ظنناه إذ تبعية الدار ضعيفة والبينة أقوى ؛ ولأن الغالب كفر ولد الكافر ولا حاجة لقوله بعد الحكم وعبارة الحاوي بعده فيحتمل عود الضمير للحكم بإسلامه ويحتمل عوده للاستلحاق كما جرى على كل منهما جماعة من." (١)

"ثم أخذ في بيان ما يثبت به رق المدعى رقه وهو ثلاثة دعوى الرق والحجة والاعتراف فقال (وهو) أي المدعى رقه وإن لم يكن لقيطا (بدعوى ذي يد) رقه (يرق) حيث (لا) تكون يده (باللقط) أي : معه أو بسببه عملا بالظاهر من حال المدعي الذي لم يعرف استناد يده إلى سبب لا يقتضي الملك بخلاف ما إذا كانت يده مع اللقط أو كان المدعي غير ذي يد ؛ لأن الأصل الحرية فلا يترك **بمجرد الدعوى** ويخالف الأول المال فإنه مملوك وليس في دعواه تغيير لصفته والثاني دعوى النسب ؛ لأن في قبولها مصلحة للطفل وإثبات حق له وهنا في القبول إضرار به ولأن المدعى نسبه لا نسب له في الظاهر فليس في القبول ترك أمر ظاهر والحرية محكوم بها ظاهرا (أو بالجحد) أي ولا مع جحد المدعى رقه وهو مكلف فإنه لا يرق ؛ لأنه معتبر القول فيعتبر جحده ؛ لأن الأصل الحرية فيصدق بيمينه كما ذكره في باب القضاء (لا إن حصلا دعواه) أي : دعوى ذي اليد الرق (في الصبا) أي : صبى المدعى رقه (و) بعد أن صار (بالغا جحد) فلا يبطل رقه إلا بحجة ؛ لأنه قد حكم برقه فلا يرفع ذلك الحكم إلا بحجة

---

(١) شرح البهجة الوردية، ٣١/١٣

لكن له تحليف السيد ويخالف ما لو كان بيده صغيرة وادعى نكاحها فإنه يفتقر إلى الحجة والفرق أن اليد في الجملة دالة على الملك ويجوز أن يولد المملوك مملوكا بخلاف النكاح فإنه طار بكل حال والبالغ المجنون كالصبي فيما ذكر وإفاقته كبلوغهs." (١)

"(قوله وهو بدعوى ذي يد لرق) وإن أنكر المميز نعم لا بد من يمين المدعي لخطر الجزية كما صرح به الشيخان شرح روض .(قوله : ويخالف الأول) هو ما إذا كانت يده مع اللقط وقوله المال بأن ادعى ملك مال اللقطة .(قوله : والثاني) هو ما لو كان المدعي غير ذي اليد .(قوله : أو بالحجة) قضيته أنه لو سكت ولم يصدق ولم يجحد يثبت الرق بر وكتب أيضا وأفهم التعبير بالجحد أن البالغ يثبت رقه **بمجرد الدعوى** إذا سكت وإن لم يعترف حجر د وكتب أيضا فلو عاد بعد الجحد وأقر بالرق فالظاهر أنه لا يقبل ؛ لأنه بجحده حكم بحريته وهو حق الله تعالى فلا يقبل رجوعه عنها ، ثم رأيت قبيل قول المصنف الآتي ولا بحريته التصريح بهذه المسألة وتفصيل الروضة فيها .(قوله : ؛ لأنه قد حكم برقه) الظاهر أن المراد أنه حكم به شرعا بدعواه مع يمينه لا أنه يحتاج إلى حكم حاكم م ر." (٢)

"وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان أحدهما يثبت لانه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع

والثاني لا يثبت لانه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب

فصل وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرده لانه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع

وإن خرج مستحقا رجع بالعهدة على المشتري لانه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه

فصل وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لانه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب

وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه

---

(١) شرح البهجة الوردية، ١٣/٦٤

(٢) شرح البهجة الوردية، ١٣/٦٥

وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان أحدهما يسقط لانها شفعة واحدة فإذا عفي عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص

والثاني لا يسقط لانه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين

فصل إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة

وقال الآخر بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك فالقول قول المدعي عليه مع يمينه لانه يدعي عليه استحقاق ملكه بالشفعة فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن نكل عن اليمين حلف المدعي وأخذ بالشفعة

وفي الثمن ثلاثة أوجه أحدها أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجما إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب

والثاني أنه يترك (الثمن) في يد المدعي لانه قد (أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده) كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له

والثالث يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لانهما اتفقا (على) أنهما لا يستحقان ذلك

فصل وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة فالقول قول كل واحد منهما لما ذكرناه

فإن سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ثم يدعي الحالف على الآخر

فإن حلف استقر أيضا ملكه وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي

(فإذا) حلف استحق وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه لانه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة

فصل وإن اختلفا في الثمن فقال المشترى الثمن ألف وقال الشفيع (هو) خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة

فصل وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري لان ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسي فإذا حلف لم يستحق الشفعة لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه

وقال أبو العباس يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه لا أعلم القدر والمذهب الأول لان ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي

ويخالف إذا ادعى عليه ألفا فقال لا أعرف القدر لان هناك لم يجب عن الدعوى وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة وإنما ادعى الجهل بالثمن

فصل وإن قال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل فهل له أن يحلف المشتري فيه وجهان أحدهما ليس له أن يحلفه حتى يعلم لان اليمين لا يجب بالشك

والثاني له أن يحلفه لان المال لا يملك **بمجرد الدعوى**

وإن قال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع لا أعلم كم هو ولكنه دون الألف فالقول قول المشتري فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن لانه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم

فصل وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعي

فصل وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف لان المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه

فإن كذبه المشتري

---

(١) ".

"قولان لان الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/٣٨٣

وقال أبو إسحاق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لان بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره والبينة بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له

فصل فى إذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت فى يده أو فى ملكه أمس فقد نقل المزنى والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطى أنه يحكم بها فقال أبو العباس فيها قولان أحدهما أنه يحكم بذلك لانه قد ثبت بالبينة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك

والقول الثانى أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لانه ادعى ملك الدار فى الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى

وقال أبو إسحاق لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطي من تخريجه

فصل فى وإن ادعى (رجل) على رجل دارا فى يده وأقر بها لغيره نظرت فإن صدقه المقر له حكم له لانه مصدق فيما فى يده وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة إلى المقر له

فإن طلب المدعى يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء فى يده لغيره ثم أقر به لآخر وفيه قولان أحدهما يلزمه أن يغرم للثانى

والثانى لا يلزمه فإن قلنا يلزمه أن يغرم حلف لانه ربما خاف أن يحلف فيقر للثانى فيغرم له

وإن قلنا لا يلزمه لم يحلف لانه إن خاف من اليمين فأقر للثانى لم يلزمه شيء فلا فائدة فى تحليفه

وإن كذبه المقر له ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها إلى أن يجد صاحبها لان الذى فى يده لا يدعيها والمقر له أسقط إقراره بالتكذيب وليس للمدعي بينة فلم يبق إلا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يسلم إلى المدعى لانه ليس ههنا من يدعيه غيره وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى

وإن أقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر إلى أن يقدم الغائب لان الذى فى يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بها فوجب التوقف

فإن طلب المدعى يمين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين

وإن كان للمدعى بينة قضى له

وهل يحتاج إلى أن يحلف مع البينة فيه وجهان أحدهما أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لانا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لانه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه وإن كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى وتسلم إليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه وإن كان معها يد لان بينة صاحب اليد إنما يقضى بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته

وحكى أبو إسحاق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه (قال إن) كان المقر للغائب يدعى أن الدار فى يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته

وإن كان يدعى أنها فى يده بإجارة سمعت بينته وقضى بها لانه يدعى لنفسه حقا فسمعت ببينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة

وهذا خطأ لانه إذا لم تسمع البينة فى إثبات الملك وهو الأصل فلان لا تسمع لاثبات الإجارة وهى فرع على الملك أولى

وإن أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه يقال له إقرارك لمجهول لا يصح فإما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ويحلف المدعى ويقضى له

والثانى أن يقال له إما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا

ولا يقبل دعواه لنفسه لانه بإقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد

فصل فى إذا ادعى جارية وشهدت (له) البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها فى ملك غيره ثم يملك الأمة دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له

وإن شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها فى ملكه فقد قال الشافعى رحمه الله حكمت بذلك وذكر فى الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسألة إلى هذه وجعلها على قولين

وقال سائر أصحابنا يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين

والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت فى الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وأنه حدث فى ملكه فلم يفتقر إلى إثبات الملك فى الحال

وإن ادعى غزلا أو طيرا أو آجرا وأقام البينة أن الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضى له لان الجميع عين ماله وإنما تغيرت صفته

فصل إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة قضى ببينة الابتياع لان بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل

." (١)

"فأقر المدعى عليه بنصفها لاحدهما شاركه الآخر لان دعواهما تقتضى اشتراكهما فى كل جزء منهما ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهما وكان الباقي بينهما

فإذا جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما والمقر به بينهما وإن ادعيا ولم يعزيا إلى سبب فأقر لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لا تقتضى الاشتراك فى كل جزء منه

فصل وإن ادعى رجلان دارا فى يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذى هى فى يده بجميعها لاحدهما نظرت فإن كان قد سمع من المقر له الإقرار للمدعى الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف إليه لانه أقر بذلك فإذا صار إليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين فى يده

وإن لم يسمع منه إقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لان من له الجميع فله النصف

ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لان له على النصف بينة أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة إليه مع المدعى الآخر فى النصف

وإن قال الذى فى يده الدار نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففهيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يترك النصف فى يده لانه أقر لمن لا يدعيه فبطل الإقرار وبقى على ملكه

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣١٢/٢

والثانى أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لان الذى فى يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال

والثالث أنه يدفع إلى المدعى الآخر لانه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لانه حكم **بمجرد الدعوى**

فصل فى إذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فإن عرف أنه كان نصرانيا نظرت فإن كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الإسلام لان من شهد بالنصرانية شهد بالأصل والذى شهدت إحداهما بأنه مات وآخر كلامه الإسلام وشهدت الأخرى بأنه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصرانى لان الظاهر معه

والثانى أنهما يستعملان فإن قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث

وإن قلنا بالوقف وقف

وإن قلنا بالقسمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقسم كما يقسم فى غير الميراث

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يقسم لانه إذا قسم بينهما تيقن الخطأ فى توريثهما وفى غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم

وإن لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فإن كان المال فى يد غيرهما فالقول قول من فى يده المال وإن كان فى يديهما كان بينهما

وإن قلنا إنهما يستعملان فإن قلنا يقرع أقرع بينهما وإن قلنا يوقف وقف إلى أن ينكشف وإن قلنا يقسم قسم

وقال أبو إسحاق لا يقسم لانه يتيقن الخطأ توريثهما

والمنصوص أنه يقسم وما قاله أبو إسحاق خطأ لانه يجوز أن يموت وهو نصرانى فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه فى المسائل كلها ويدفن فى مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه إن كان مسلما كما قلنا فى موتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار

فصل فى وإن مات رجل وخلف ابنين واتفق الإبنان أن أباهما مات مسلما وأن أحد الإبنين أسلم قبل موت الأب واختلفا فى الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت ابي فالميراث بيننا وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على إسلامه لان الأصل بقاؤه على الكفر

ولو اتفقا على إسلامهما واختلفا فى وقت موت الأب فقال أحدهما مات أبى قبل إسلامك فالميراث لى

وقال الآخر بل مات بعد إسلامى أيضا فالقول قول الثانى لان الأصل حياة الأب

وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس يحتمل قولين أحدهما أن القول قول الأبوين لانه إذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره إلى أن يعلم الإسلام

والثانى أن الميراث يوقف إلى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لان الولد إنما يتبع الأبوين فى الكفر قبل البلوغ فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ويحتمل أنه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر إلى أن ينكشف

فصل فى وإن مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار فى يد رجل فادعى الحاضر أن أباه مات وأن الدار بينه وبين أخيه وأقام بينة من أهل

." (١)

"وهل للإمام أن يأخذ الأرش في الحال

نظر فإن وجب لصبي غني فلا وإن وجب لمجنون فقير فيأخذ للحاجة وعدم الانتظار فإن وجب لصبي فقير أو لمجنون غني فوجهان لوجود أحد المعنيين

فإن قلنا لا يأخذ فيحبس من عليه القصاص إلى الإفاقة والبلوغ ولا يبالي بطول الحبس فإن تفويت الحق غير ممكن

وإن قلنا يأخذ فبلغ الصبي وانتهض لطلب القصاص ففيه وجهان منشؤهما أن الأخذ للحيلولة أم هو إسقاط للقصاص بحكم ظهور المصالح

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ٣١٥/٢

ثم قال الأصحاب ولاية أخذ المال إن جعلناه إسقاطا فلا يثبت للوصي وإن جعل للحيلولة فيثب له

الحكم الثالث نسب اللقيط وفيه مسائل

الأولى إن ظهر إنسان وزعم أنه والده الحق **بمجرد الدعوى** إذ لا منازع وإقامة البينة على النسب عسير

نعم إن بلغ الصبي وأنكر فهل ينقطع وجهان

أحدهما لا إذ تم الحكم به

". (١)

"

ولا ننظر إلى سبع سنين بل نتبع التمييز فإن استمرت الغباوة إلى ما بعد البلوغ فالأم أولى وكذلك إن اتصل به جنون وكأن حقها لا ينقطع إلا باختيار الصبي عن تمييز

ولو اختار أحدهما ثم رجع رد إلى الآخر لأن الحال قد يتغير في الرفق به إلا إذا كثر تردده حتى دل على قلة التمييز فيرد إلى الأم وكذلك إذا سكت عن الإختيار هذا في حق الصبي

أما البالغ إذا كان غير رشيد فهو كالصبي وإن كان رشيدا وهو ذكر استقل وإن كانت جارية وهي بكر فالظاهر أن للأب أن يسكنها موضعا وليس لها الإستقلال وإن كانت رشيدة كما يجبرها على حبس النكاح وهو أعظم من حبس المسكن ثم هذا يختص بالأب والجد ومن له ولاية الإجبار وفيه وجه أنها تستقل وإنما التزويج بالجبر

أما البنت فإنها تستقل إذا تم رشدها بالممارسة لكنها إن كانت تتهم بريبة فلعصباتها ولاية إسكانها وملاحظتها دفعا للعار عن النسب ولا يثبت هذا إلا لمن له ولاية التزويج ولو ادعى الريبة فأنكرت فتبعد مطالبته بالإثبات بالبينة فإن ذلك افتضاح يجر العار والإحتكام على عاقلة أيضا **بمجرد الدعوى** بعيد ولكن إقامة البينة أبعد منه

---

(١) الوسيط، ٤/٣١٦

". (١)

"

فروع

الأول إذا كتب إلى قاض فمات الكاتب أو المكتوب إليه جاز لكل من شهد عنده الشهود من القضاة الحكم به لأن الحجة في حكمه لا في كتابه وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك إلا إذا كتب إلى فلان وإلى كل من يصل إليه من القضاة وكأنه يجعل ذلك تفويضا

الثاني إذا قضى القاضي واقتصر على قوله حكمت على أحمد بن محمد فاعترف رجل في تلك البلدة بأنه أحمد بن محمد وأنه المعني بالكتاب وأنكر الحق فلا يلزمه شيء لأن الحكم في نفسه باطل لأنه على متهم غير معين لا بالإشارة ولا بوصف مستقص كامل فلا يتم الحكم باعترافه بأنه المعني إلا أن يقر بالحق فيؤخذ الحق بإقراره

أما إذا استقصى فذكر اسم أبيه وجده وحليته ومسكنه ومحلته وأتى بالممكن فإمكان اشتراكه في جملة هذه الصفات على الندور لا ينقدح فإن قال المأخوذ لست مسمى بهذا الإسم فعلى الخصم إن نقم بينة على الإسم والنسب فإن عجز حلفه فإن حلف انصرف عنه القضاء وإن نكل توجه الحق باليمين المردودة

فلو أخذ يحلف على أن الحق لا يلزمه وليس يحلف على نفي الإسم فلا يسمع بخلاف من ادعي عليه قرض فلم ينكر ولكن قال لا يلزمني تسليم شيء يقبل لأنه ربما أخذ ورد ولو اعترف لطولب بالبينة لأن مجرد الدعوى ليس بحجة عليه وهاهنا قد قامت البينة على الإسم وتوجه الحق إن ثبت الإسم وقال الصيدلاني يقبل ذلك منه كتلك المسألة وهو ضعيف والفرق أظهر

". (٢)

"والنظر في أركان الإلحاق وهي ثلاثة المستلحق والملحق والإلحاق الركن الأول المستلحق ويصح استلحاق كل حر ذكر يمكن ثبوت النسب منه بنكاح أو وطء محترم فهذه ثلاثة قيود

---

(١) الوسيط، ٢٤١/٦

(٢) الوسيط، ٣٢٧/٧

الأول الحرية وفي استلحاق العبد والمعتق ثلاثة أوجه

أحدها أنه يصح فلا فرق بين الحر والعبد حتى لو تداعيا جميعا عرض على القائف وقال أبو حنيفة رحمه الله يقدم الحر على العبد والمسلم على الكافر وعندنا لا فرق

والثاني لا يلحقهما نسب إلا في نكاح أو وطء بشبهة لأنهما بصدد الولاء فليس لهما قطع الولاء **بمجرد الدعوى**

والثالث أن العبد لا ولاء عليه فيلحقه من يستلحقه أما المعتق فالولاء عليه حاصل فلا تصح دعواه وهذا الخلاف جار لو كان المستلحق عبدا أو معتقا لأجل الولاء

القيد الثاني الذكورة وفي استلحاق المرأة ثلاثة أوجه

أحدها الصحة كالرجل

". (١)

"(و) ثانيها (حرية فالرقيق) أي من به رق وإن قل (ليس كفؤا لحرة) ولو عتيقة ولا لمبعضة لأنها مع تعيرها به تتضرر بإنفاقه نفقة المعسرين (والعتيق ليس كفؤا لحرة أصلية) لنقصه عنها ، وعروض نحو امرأة أو ملك له لا ينفي عنه وصمة الرق فاندفع ما أطال به السبكي هنا من المنازعة في ذلك وإن تبعه البلقيني وأطال أيضا وكذا لا يكافئ من عتق بنفسه من عتق أبوها ولا من مس الرق أحد آبائه أو أبا له أقرب من لم يمس أحد آبائها أو مس لها أبا أبعد ولا أثر لمسه للأم .s(قوله : فاندفع) هذا الاندفاع مبني على **مجرد الدعوى** .." (٢)

"(قوله : أي من به رق) إلى قوله ويفرق في النهاية إلا قوله : وقد ذكرتها إلى المتن (قوله : من به رق إلخ) أي ولو مكاتبا ا هـ مغني (قوله : ولا لمبعضة) وهل المبعض كفء لها قال في البحر إن استويا أو زادت حريته كان كفؤا لها وإلا فلا ا هـ مغني وفي ع ش عن بعض الهوامش وعن حواشي شرح الروض للرملي مثله (قول المتن : ليس إلخ) أو كفؤا لعتيقة ا هـ مغني (قوله : وعروض نحو امرأة إلخ) أي عروض كونه أميرا أو ملكا ا هـ كردي (قوله : فاندفع ما أطال إلخ) هذا الاندفاع مبني على **مجرد الدعوى** ا هـ

---

(١) الوسيط، ٤٥٣/٧

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٢٦/٣٠

سم وكذا أقر المغني ما قاله السبكي والبلقيني من أن طرو الإمرة أو الملك للعتيق يجعله كفؤا لحرة الأصل (قوله : وكذا لا يكافئ) إلى قوله فإن من خصائصه في المغني (قوله : لها أبا أبعد) الأولى أبا أبعد لها .." [(١)]

"(قوله فبناؤه) أي اقتص (قوله : وقد تعذر الإلحاق) أي لفقد القائف أو تحيره والانتساب أي لقتله قبل انتسابه بعد بلوغه ومفهوم هذا التقييد أنه لو لم يتعذر ما ذكر لم يقتل الراجع به وهل المراد بهذا المفهوم أنه كالقائف ألحقه به أو كالمقتول انتسب إليه بعد بلوغه قبل قتله فيهما فلا يؤثر رجوعه في اللحوق فيهما وينتفي القتل أو المراد به أن الإلحاق والانتساب وقعا بعد الرجوع قبل القتل فيعتد بهما مع رجوعه ولا يؤثر فيهما فليراجع كل ذلك وليحرر (قوله : أو ألحق بأحدهما) عطف على رجع في قوله ولو قتلاه ثم رجع (قوله : ولو كان الفراش لكل منهما لم يكف رجوع أحدهما) بخلاف ما إذا وجد **مجرد الدعوى**." [(٢)]

"النهاية أي والأسنى أيضا والانتساب سيد عمر (قوله : قتل به) ؛ لأنه برجوعه انتفى نسبه عنه وثبت من الآخر فتبين أن القاتل ليس أباه ع ش (قوله : أو ألحق إلخ) عطف على رجع في قوله ثم رجع سم وع ش (قوله بأحدهما إلخ) أي أو بغيرهما اقتص منهما أسنى .(قوله : قتل الآخر) ظاهره سواء وجد الرجوع منهما أو من أحدهما أم لا وسواء كان الرجوع قبل الإلحاق أو بعده فليراجع (قوله أقوى منهما) أي القائف والانتساب ع ش (قوله ، ولو كان الفراش إلخ) عبارة المغني والروض مع الأسنى هذا إذا لم يكن لحوق الولد بأحدهما بالفراش بل بالدعوى كما هو الفرض أما إذا كان بالفراش كأن وطئت امرأة بنكاح أو شبهة في عدة من نكاح وأتت بولد وأمكن كونه من كل منهما فلا يكفي رجوع أحدهما في لحوق الولد بالآخر ، وإنما يلحق به بالقائف ثم بانتسابه إليه إذا بلغ ا هـ .(قوله : لم يكف إلخ) أي بخلاف ما إذا وجد **مجرد الدعوى** سم وع ش (قوله : بالرجوع) عبارة الشيخ عميرة بالجحود وهي أعم لشمولها ما لو أتت أمته المستفرشة بولد وأنكر كونه ابنه ع ش .." [(٣)]

".(قوله : تنبيه يقع كثيرا أن المدعى عليه يجيب بقوله يثبت ما يدعيه إلخ) ويقع أيضا أنه أعني المدعى عليه بعد الدعوى عليه بقول ما بقيت أتحاكم عندك أو ما بقيت أدعي عندك والوجه أنه يجعل

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ١٢٧/٣٠

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧٤/٣٦

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٣٧٦/٣٦

بذلك منكرا ناكلا فيحلف المدعي ويستحق ولو تنازعا قبل الدعوى فطلب أحدهما الأصل أي : القاضي الكبير وطلب الآخر نائبه أجيب من طلب الأصل في وقت انتصابه للحكم م ر .(قوله : نعم إن نكل) كأنه أراد بالنكول الإنكار مع الحلف وإلا فالنكول عن اليمين يقتضي حلف المدعي على العشرة واستحقاقها .(قوله : فإن نكل لم تحلف هي على أنه نكحها بدون الخمسين) أي : بل إن حلفت يمين الرد قضي لها واستحقت الخمسين ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار وإن لم تحلف لم تستحق شيئا ؛ لأن **مجرد الدعوى** مع نكول المدعى عليه لا يثبت شيئا هذا هو الموافق للقواعد فقول الشارح : فيجب مهر المثل .فيه نظر ظاهر سواء بنى ذلك على حلفها يمين الرد أو على عدمه لا يقال وجه قوله فيجب مهر المثل أن الزوج معترف بالنكاح ؛ لأنا نقول لا نسلم أنه معترف به ؛ لأن إنكاره أنه نكح بخمسين شامل لإنكاره نفس النكاح ولو سلم فمجرد الاعتراف بالنكاح لا يوجب مهر المثل بمجرد دعوى الزوجة كما يعلم بمراجعة ما تقدم في بحث الاختلاف قبيل الوليمة فراجعه وتأمله تعرفه ثم بحثت بجميع ذلك مع م ر فوافق عليه .(قوله : وقد اقتصر القاضي في تحليفه على عرض اليمين عليها فقط) أي : ولم يقل ولا شيء منها .)."[1]

"إنما ينتج ما ادعاه لو لم يصح تاليه ، والحال لا محذور في التزام صحته ، فحاصل المقام أنه إذا أجاب المدعى عليه : بلا تلزمني العشرة ولا جزء منها ، واستحلفه القاضي على العشرة فقط فنكل عن الحلف عليها ، فللمدعي أن يحلف على استحقاقها من غير تجديد دعوى ، وليس له أن يحلف على استحقاق ما دونها ، إلا بعد تجديد دعوى ونكول المدعى عليه ، فهذا لا محذور فيه فليراجع ، ثم رأيت في الأنوار ما نصه : وإذا عرضه القاضي اليمين على العشرة ودونها فحلف على نفي العشرة ، واقتصر عليه فناكل عما دون العشرة ، وللمدعي الحلف على استحقاق ما دونها بقليل ، ولو نكل المدعى عليه من مطلق اليمين ، وأراد المدعي الحلف على بعض العشرة ، فإن عرض القاضي اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها ، فله الحلف على بعضها ، وإن عرض على العشرة وحدها لم يكن له الحلف على بعضها ، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه ا هـ .ويتضح بذلك عدم إرادة ما قاله المحشي سم .وأن كلام الشارح على ظاهره ولا محذور فيه ، والله أعلم .(قوله فقط) أي : ولم يقل ولا شيء منها نهاية .(قوله نكحها إلخ) أي أو باعها داره روض ونهاية .(قوله فإن نكل لم تحلف هي إلخ) أي : بل إن حلفت

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤١٣/٤٤

يمين الرد قضي لها واستحقت الخمسين ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار ، وإن لم تحلف لم تستحق شيئا ؛ لأن مجرد الدعوى مع نكول المدعى عليه لا يثبت شيئا ، هذا هو الموافق للقواعد ، فقول الشارح فيجب مهر المثل فيه نظر ظاهر ، سواء." (١)

"(وإن أقر به) أي : المذكور (لمعين حاضر) بالبلد (تمكن مخاصمته وتحليفه) جمع بينهما إيضاحا وإلا فأحدهما مغن عن الآخر لاستلزامه له ثم التقييد لإفادة أنه إذا أقر به لمن لا تمكن مخاصمته وهو المحجور لا تنصرف الخصومة عنه بل تنصرف عنه لوليه وإنما هو ليترتب عليه قوله (سئل فإن صدقه صارت الخصومة معه) لصيرورة اليد له (وإن كذبه ترك في يد المقر) لما مر في الإقرار أي : وحينئذ لا تنصرف الخصومة عنه كما هو ظاهر عملا بالظاهر نظير ما مر (وقيل يسلم إلى المدعي) إذ لا طالب له سواه وزيفه الإمام بأن القضاء له بمجرد الدعوى محال (وقيل يحفظه الحاكم لظهور مالك) له كما مر في الإقرار وفي الأنوار عن فتاوى القفال لو ادعى دارا في يد آخر وأقام شاهدا ثم ثانيا فقال المدعى عليه قبل شهادته هي لزوجتي سمعه القاضي وحكم بها للمدعي ثم تدعي الزوجة عليه قيل وهو مشكل ؛ لأن المدعى عليه معترف بأنها لغيره فكيف تتوجه الدعوى عليه ا هـ ويرد بأنه مقصر بسكوته عن ذلك حتى سمعت الدعوى وشهادة الأول فلم يقبل منه الصرف للغير وبهذا يرد قول المستشكل فكيف تتوجه الدعوى عليه ؟ وبيانه أنها توجهت وسمعت هي ثم شهادة الأول فقبول الثاني والحكم تتميم لا ابتداء دعوى عليه .وفي فتاوى البغوي إن أقامها فأقر ذو اليد بالعين لآخر قبل الحكم للمدعي حكم بها من غير إعادتها في وجه المقر له إن علم أن المقر متعنت في إقراره وإلا أعادها في وجهه." (٢)

"يتصالحا على ثوب أو دين، ولا يكون طلب الصلح منه إقرارا، لانه ربما يريد قطع الخصومة، هذا إذا قال: صالحني مطلقا، أو صالحني عن دعواك. بل الصلح عن الدعوى، لا يصح مع الاقرار أيضا، لان مجرد الدعوى لا يعتاض عنه. ولو قال بعد الانكار: صالحني عن الدار التي ادعيتها، فهل يكون إقرارا، كما لو قال: ملكني، أم لا، لاحتمال قطع الخصومة ؟ وجهان. أصحهما: الثاني. فعلى هذا، يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار. ولو قال: بعنيها، أو هبها لي، فالصحيح أنه إقرار. لانه صريح في التماس التمليك. وقال الشيخ أبو حامد: هو كقوله: صالحني. ومثله: لو كان النزاع في جارية، فقال: زوجنيها. ولو

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤١٦/٤٤

(٢) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٤٣٢/٤٤

قال: أعرني أو أجرني فأولى بأن لا يكون إقرارا. ولو كان النزاع في دين، فقال: أبرئني، فهو إقرار. ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر، وقلنا: لا يفتقر الابراء إلى القبول، صح، لانه مستقل به، فلا حاجة إلى تصديق الغريم، بخلاف الصلح. ولهذا لو أبرأه من بعد." (١)

"لحقه وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنا نظنه. وإن اقتصر على **مجرد الدعوى**، فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق وغيره، وصححه الاكثرون. وقيل: قولان. ثانيهما: يحكم بكفره، لانه يلحقه بالاستحقاق. فإذا ثبت نسبه، تبعه في الدين كما لو أقام البينة. وحجة المذهب: أنا حكمناه باسلامه، فلا نغيره بمجرد دعوى كافر. وأيضا فيجوز أن يكون ولده من مسلمة، وحينئذ لا يتبع الدين النسب. وعلى الطريقين، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الاسلام. ثم إذا بلغ ووصف الكفر، فإن قلنا: يتبعه فيه، قرر، لكنه يهدد، ولعله يسلم، وإلا، ففي تقريره ما سبق من الخلاف. فرع سبق أن اللقيط المسلم، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال. فأما المحكوم بكفره، فوجهان. أصحهما: كذلك، إذ لا وجه لتضييعه. الحكم الثاني: جناية اللقيط، والجناية عليه. أما جنايته، فإن كانت خطأ، فموجبها في بيت المال، ولا نخرج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال. وإن كانت عمدا، نظر، إن كان بالغا، فعليه القصاص بشرطه. وإن جنى قبل البلوغ، فإن قلنا: عمد الصبي عمد، وجبت الدية مغلظة في ماله. فإن لم يكن له مال، ففي ذمته إلى أن يجد. وإن قلنا: خطأ، وجبت مخففة في بيت المال. ولو أتلف مالا، فالضمان عليه، فإن كان." (٢)

"صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالاب والجد، كولاية الاجبار في النكاح، وذكر البغوي في ثبوتها أيضا للاخ والعم وجهين. قلت: أرجحهما ثبوتها. والله أعلم. وإن كانت ثيبا، فالاولى أن تكون عند الابوين، أو أحدهما، ولا تجبر على ذلك باتفاق الاصحاب، لانها صاحبة اختيار وممارسة، وبعيدة عن الخديعة، وهذا إذا لم تكن تهمة، ولم تذكر بريبة، فإن كان شئ من ذلك، فللاب والجد ومن يلي تزويجها من العصبات منعها من الانفراد، ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه إن رأى ذلك، وغير المحرم يسكنها موضعا يليق بها، ويلاحظها دفعا للعار عن النسب، كما يمنعونها نكاح غير الكفء، وأثبت البغوي للام ضمها إليها عند الريبة، كما أثبتها للعصبة، ولو فرضت التهمة في حق البكر، فهي أولى بالاحتياط، فتمنع

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٤٣٣/٣

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥٠٢/٤

من الانفراد بلا خلاف، ونقل في العدة عن الاصحاب أن الامرد إذا خيف من انفراده فتنة، وانقدحت تهمة، منع من مفارقة الابوين. قلت: الجد كالابوين في حق الامرد، وكذا ينبغي أن يكون الاخ والعم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى. والله أعلم. فرع إذا ادعى الولي ريبة، وأنكرت، فقد ذكر احتمالان، أحدهما: لا يقبل قوله لان الحكم على الحرة العاقلة **بمجرد الدعوى** بعيد، وأصحهما: يقبل ويحتاط بلا بينة، لان إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة. فصل إنما يحكم بأن الام أحق بالحضانة من الاب في حق من لا تمييز له أصلا، وهو الصغير في أول أمره، والمجنون، فأما إذا صار الصغير مميزا، فيخير بين الابوين إذا افترقا، ويكون عند من اختار منهما، وسواء في التخيير الابن والبنت، وسن التمييز غالبا سبع سنين، أو ثمان تقريبا، قال الاصحاب: وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان، ومدار الحكم على نفس التمييز، لا على سنه، وإنما يخير بين الابوين إذا اجتمع فيهما شروط الحضانة، بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين عدلين مقيمين في وطن واحد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وأن." (١)

"الثاني: إذا ظهر لوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عمدا، فهل يتمكن الولي من القسامة على أصل القتل ؟ وجهان، أصحهما: لا، قال البغوي: لو ادعى على رجل أنه قتل أباه، ولم يقل عمدا ولا خطأ، وشهد له شاهد، لم يكن ذلك لوثا، لانه لا يمكنه أن يحلف مع شاهده، ولو حلف، لا يمكن الحكم به، لانه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفي موجبه. واعلم أن هذا المذكور يدل على أن القسامة على قتل موصوف يستدعي ظهور اللوث في قتل موصوف، وقد يفهم من إطلاق الاصحاب أنه إذا ظهر اللوث في أصل القتل، كفى ذلك في تمكن الولي من القسامة على القتل الموصوف، وليس هذا ببعيد، ألا ترى أنه لو ثبت اللوث في حق جماعة وادعى الولي على بعضهم، جاز، ويمكن من القسامة، فكما لا يعتبر ظهور اللوث فيما يرجع إلى الانفراد والاشتراك لا يعتبر في صفة العمد والخطأ. الثالث: أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه، بأن قال: لم أكن مع القوم المتفرقين عن القتيل، أو قال: لست أنا الذي رئي معه السكين المتلطخ على رأسه، أو لست أنا المرئي من بعيد، فعلى المدعي البينة على الامارة التي ادعاها، فإن لم يكن بينة، حلف المدعى عليه على نفيها، وسقط اللوث، وبقي **مجرد الدعوى**، ولو قال: كنت غائبا يوم القتل، أو ادعى على جمع، فقال أحدهم: كنت غائبا، صدق بيمينه، لان الاصل براءته، وعلى المدعي البينة على حضوره

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٥٠٩/٦

يومئذ، أو إقراره بالحضور، فإن أقام بينة بحضوره، وأقام المدعى عليه بينة بغيبته، ففي الوسيط: أنهما تتساقطان، وفي التهذيب: تقدم بينة الغيبة، لان معها زيادة علم، هذا إذا اتفقا أنه كان حاضرا من قبل، ويعتبر في بينة الغيبة أن يقولوا: كان غائبا في موضع كذا، فلو اقتصروا على أنه لم يكن هنا، فهذا نفي محض لا تسمع الشهادة عليه، ولو أقسم المدعي، وحكم القاضي بموجب القسامة، ثم أقام المدعى عليه بينة على غيبته يوم القتل، أو أقر بها المدعي، نقض الحكم واسترد المال، وكذا لو قامت بينة على أن القاتل غيره، ولو قال الشهود: لم يقتله هذا، واقتصروا عليه، لم تقبل شهادتهم، ولو كان محبوسا أو مريضا يوم القتل، فهل هما كالغيبة حتى يسقط اللوث إذا ثبت الحال بإقرار المدعي، أو بينة ؟ وجهان،." (١)

"الصباغ. فرع شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل تثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم ؟ وجهان، قال القفال الشاشي: نعم للحاجة، والاصح المنع، لانه تعديل قبل أداء الشهادة، ولانه كتعديل المدعي شهوده، ولان الكتاب إنما يثبت بقولهم، فلو ثبت به عدالتهم لثبتت بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه. فرع ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له، والمحكوم عليه، وكنيتهما، واسم أبويهما، وجديهما، وحليتهما، وصنعتهما، وقبيلتهما ليسهل التمييز، وإن كان مشهورا ظاهر الصيت، وحصل الاعلام ببعض ما ذكرنا، اكتفي به. وإذا أثبت الاوصاف كما ذكرنا، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعم محكوما عليه، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه، لان القاضي الكاتب حكم عليه، طولب بالحق، وإن لم يشهدوا على عينه، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه، فالقول قوله مع يمينه، وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه، فإن لم تكن بينة، ونكل المحضر، حلف المدعي، وتوجه له الحكم. ولو قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شئ إليه، فحكى الامام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا، كما لو ادعى عليه قرض، فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شئ، فإنه يقبل، واختارا أنه لا يقبل، وفرقا بأن **مجرد الدعوى** ليس بحجة، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى، وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه، فقال: نعم، لكن لست." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ٢٣٩/٧

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، ١٦٥/٨

"وإن وجد بدار كفار فكافر إن لم يسكنها مسلم ولا غيره باجتياز المسلم وإن سكنها مسلم يمكن كونه منه كأسير وتاجر فمسلم في الأصح تغليبا لدار الإسلام ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي بينة بنسبه لحقه وتبعه في الكفر وارتفع ما ظنناه من إسلامه للبينة لأن البينة أقوى من حكم باليد. وإن اقتصر على الدعوى بأنه ابنه ولا بينة فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر لأننا قد حكمنا بإسلامه فلا يغير **بمجرد الدعوى** ويلحقه نسبه ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أخريين لا تفرضان في اللقيط أي لا علاقة لهما باللقيط إنما ذكرا هنا لبيان متى يحكم بإسلام الطفل إحداهما: الولادة فإذا كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق فهو مسلم تغليبا للإسلام وإن كان المسلم هو الأنثى فإذا بلغ ووصف كفرا أي أعرب ووصف نفسه بالكفر فمرتد لأنه مسلم ظاهرا وباطنا ولكن لا تنقض الأحكام التي سبقت ردته كإرثه من مسلم أو عتقه عن كفارة باعتباره رقبة مؤمنة وفي قول كافر أصلي لأنا حكمنا على إسلامه بالتبعية وقد زالت التبعية باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا وهو الكفر وقد عبر عنه. الثانية: إذا سبى مسلم طفلا تبع السابي في الإسلام إن لم يكن معه أحد أبويه لأنه صار تحت ولاية المسلم فإن كان معه أحد أبويه لم يتبع السابي لأن تبعية أحد الأبوين أقوى من تبعية السابي ومعنى أن يكون أحد أبويه معه أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ولا يشترط كونهما في ملك رجل واحد ولو سباه ذمي لم يحكم بإسلامه في الأصح أي سباه في غير دار الإسلام وحمله إلى دار الإسلام ومثل الذمي المستأمن لأن دار الإسلام لم تؤثر به ولا بولده فكيف تؤثر بمسبيه ولأن دار الإسلام إنما تؤثر بالذي لا يعرف حاله ولا نسبه ولا يصح إسلام صبي مميز استقلالا كغير المميز بجامع عدم التكليف ولأن نطقه بالشهادتين إما خبر وخبره غير مقبول أو إنشاء فهو كعقوده وهي باطله ويسن الحيلولة بينه وبين أبويه لئلا يفتناه وقيل." (١)

"خلافا للمحلي من أنها ملحقة بما فوقها وجرى عليه حج ا هـ ح ل قوله بأن وقوعه من التعليق وفي صورتي التصديق والشهادة لا يتوقف التبين على الولادة بل يتبين **بمجرد الدعوى** مع التصديق وبمجرد الشهادة وفي صورتي الولادة يتوقف البيان عليها ا هـ شيخنا وعبارة ح ل قوله بأن وقوعه أي بظهور الحمل وبولادة ما ذكر ففي صورة ظهور الحمل لا تنتظر الولادة وذهب الأكثرون إلى انتظارها نظرا إلى أن الحمل وإن علم لا يتيقن ورد بأن للظن المؤكد حكم اليقين وسيأتي نظير ذلك في التعليق بالحيض انتهت وعبارة شرح م ر ثم الأصح عندهما أنه إذ وجد التصديق أو شهادة لرجلين وقع في الحال لوجود الشرط إذا الحمل

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، ٤٣٤/٢

يعامل معاملة المعلوم وما اعترض به من أن الأكثرين على انتظار الوضع لأن الحمل وإن علم غير متيقن رد بأن للظن المؤكد حكم اليقين في أكثر الأبواب وكون العصمة ثابتة بيقين غير مؤثر في ذلك لأنهم كثيرا ما يزيلونها ب الظن الذي أقامه الشارع مقام اليقين ألا ترى أنه لو علق بالحيض وقع بمجرد رؤية الدم كما يأتي حتى لو ماتت قبل مضي يوم وليلة أجريت عليها أحكام الطلاق كما اقتضاه كلامهم وإن احتمل كونه دم فساد ا هـ وقوله وقع في الحال أي ظاهرا فلو تحقق انتفاء الحمل بأن مضى أربع سنين من التعليق ولم تلد تبين عدم وقوعه كما لو علق بالحيض فرأت الدم فإنه يحكم بوقوع الطلاق وإذا انقطع قبل يوم وليلة تبين عدم وقوعه وعلى هذا لو ادعت الإجهاض قبل مضي الأربع هل يقبل ويحكم باستمرار وقوع الطلاق لأنه وقع ظاهرا مع احتمال ما ادعته أولا لأن الأصل عدم إجهاضها فالعصمة محققة وإنما كنا أوقعنا الطلاق نظرا للظاهر فيه نظر والأقرب الثاني لما سبق من التعليل فرع هل تشمل الولادة خروج الولد من غير الطريق المعتاد لخروجه كما لو شق بطنها فخرج الولد من الشق أو خرج الولد من فمها فيه نظر ويتجه الشمول عند الإطلاق لأن المقصود من الولادة انفصال الولد فليتأمل ا هـ سم ولو قيل بعدم الوقوع." (١)

" قوله فالوجه حذف الاستثناء المذكور أشار إلى تصحيحه وكتب عليه يحمل الاستثناء المذكور على ما إذا منع من نفوذ إيلادها مانع كأن علقت بالأوسط في ملكه وهي مرهونة ثم بيعت بعد وضعه في الدين فولدت الأصغر من زوج ثم اشتراها مع الأصغر وقوله يحمل الاستثناء المذكور إلخ أشار إلى تصحيحه قوله فإن تعذر فالقرعة قال الكوهكيلوني وظني أنه لا يدخل في القرعة من التوأمين إلا واحد

قوله ولو بواسطة أو بالرد لفساد بيت المال كأن مات عن بنت فقط وأورد على اشتراط كونه حائزا حديث عبد بن زمعة فإنه لم يكن حائزا ومع ذلك قبل إقراره وأجاب الماوردي بأن سودة كانت أسلمت قبل موت أبيها فلم تكن عند موته وارثة إذ ذاك قال الزركشي وهذا يحتاج إلى نقل ويمكن أن يقال إن زمعة كان استلحقه قبل موته بدليل قول عبد عهد إلي فيه واعترض أيضا بأنه صلى الله عليه وسلم عول على الفراش لا على مجرد الإقرار وأجيب بأنه لم يكلفهم بإثباته فالظاهر أنه عول على مجرد إقراره قوله قال ابن الرفعة وهذا يفهم إلخ وهو كذلك مع اعتبار أن لا يكون بالملحق مانع من ميراث الملحق به عند موته قوله جزم به ابن الرفعة أشار إلى تضعيفه قوله قال الإسنوي وهو واضح قال في الخادم وهو مردود نقلا وتوجيها أما النقل فما ذكرناه أي من أنه تشترط موافقة الزوج لبقية ورثتها في إلحاقهم بها وكذا من غيره وأما التوجيه

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٢/٩

فلأن إلحاق النسب بغيره أوسع بابا من إلحاقه بنفسه ألا ترى أن المرأة تلحق النسب بغيرها ولا تلحقه بنفسها وحينئذ فلا ينتظم ما ذكره من القياس على امتناع استلحاقها وأيضا فقد يثبت للفرع ما لا يثبت للأصل كما لو أنكر أحد الابنين ومات وخلف وارثا فأقر به ثبت نسبه وغير ذلك من الصور التي ذكرها الرافعي في هذا الباب

ا هـ

وقال البلقيني وقد صرح الماوردي بأنه يستلحق الأخ للأم ثم وجه البلقيني صحة إلحاق الوارث بها مع عدم إلحاقها بأن الإلحاق بها مبني على الوراثة فإذا ألحقه بها جميع ورثتها صح وإلحاقها بنفسها ليس مبناه على الوراثة بل على **مجرد الدعوى** والشافعي لا يثبت لها دعوة إما لأن الاطلاع على الولادة ممكن وإما لأنه يؤدي إلى الإلحاق بصاحب الفراش وهذا لا يأتي في إلحاق ورثتها

ا هـ

وقوله في الخادم أشار إلى تصحيحه

---

(١) ".

" قوله كذا ذكره الأصل ما ذكره في هذه الصورة كلاما سقط صدره ولعله مفرع على القول بتقديم بينة شوال كما قاله المزني ووافقه ابن سريج عليه كما نقله الأصحاب عنه ثم رأيت ابن الرفعة قد أوضح المسألة فقال ولو ادعى عليه ألفا من ثمن دار اشتراها منه وأنه سلمها إليه فقال رددتها عليه بعيب فقال المدعي قد أقر بالشراء فمره بتسليم الثمن إلى أن يبين العيب فقال إنما اشتريتها بخمسمائة لا بألف قال البغوي يجعل قوله السابق إقرارا بالألف لأنه جواب ترتب على دعواه به وقال قبل هذا الموضع أنه لو ادعى عليه عشرة فقال لا يلزمني تسليم هذا المال إليك اليوم أنه لا يجعل مقرا لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم وإنما يثبت بالصريح ا هـ والصريح الواقع هنا مطلق الشراء فتأمله قوله قال ابن الرفعة فيشبه أن يقال إلخ أشار إلى تصحيحه قوله والأوجه تقديم بينة سالم أشار إلى تصحيحه تنبيه لو ادعى نصف عينين على الشيء ثم رجع وادعى إحداهما أو ادعى إحداهما ثم رجع وادعى نصفهما سمعت دعواه ولو ادعى أنه اشترى منه كذا فأنكر فأقام بينة بالملك مطلقا ولم تتعرض للشراء قبلت قال القاضي كل موضع لا يحلف المدعى

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٣٢٢/٢

عليه **بمجرد الدعوى** لا تسمع الدعوى ما لم يقل لي بينة أريد أن أقيمها فخرج من هذا أنه لو ادعى على صبي أو مجنون أو غائب لا تسمع ما لم يقل ذلك وكذا لو طلق امرأته ثم نكحت بعد مدة فادعى الزوج الأول أنها نكحت في عدتي لم تسمع ما لم يقل لي بينة أقيمها على أني طلقتها يوم كذا ولا يحتمل انقضاء العدة من ذلك الوقت ولو زوجها الحاكم ظانا بلوغها ثم مات الزوج فادعى الوارث أنها كانت صغيرة حالة العقد فالنكاح باطل ولا إرث لها فأنكرت فالقول قول الوارث لأن الأصل بقاء الصغر وكذا لو ادعى البائع أنه كان يوم البيع طفلا صدق بيمينه

ا هـ

ما ذكره في المسألتين تفريع على تصديق مدعي الفساد فرع لو ادعى عليه عشرة فقال الخصم أقر بخمسة وأحلف على خمسة له ذلك ولو قال أحلف على خمسة وأراد اليمين في خمسة ليس له ذلك لأنه في الأول حصل مقصود المدعي في البعض وهاهنا بخلافه ولو ادعى عليه دارا فأنكر وقال هي ملكي ورثتها من أبي ثم قال للمدعي ألم تكن بعتها مني أو من أبي نزعت منه وسلمت للمدعي بإقراره هذا ثم جاءت زوجته فأقامت بينة أنه أصدقها إياها تنزع من المدعي وتسلم إليها ببينتها ثم المدعي يغرمه قيمتها لأنه أتلفها بإصداقها الزوجة ولو ادعى عينا وأقام بها بينة فقضي له بها ثم ادعى عليه مدع بأنها ملكه وأقام بينة فأقام ذو اليد بينة بأن القاضي قضى له بالملك فبينة الخارج أولى لأنها شهدت بالملك مطلقا وبينة ذي اليد تشهد بالقضاء فهو كما لو شهدت بأنه كان بالأمس ملكا له وإن شهد شهود ذي اليد بأن القاضي قضى له بالملك ولا نعرف زوال ملكه فحينئذ تكون بينته أولى ولو أقام بينة بأن هذه الدار ملك جده وقد ورثها وأقام آخر بينة بأنها كانت لجده وهو وارثه فالأولى أولى لأن قولهما وقد ورثها شهادة بأنها ملكه وقولهما إنه وارثه لا يقتضي ذلك لجواز أن يكون وارثه ولا يرثها ولو كان بيده مال فقال مات أبي وترك هذا المال لي ولأخي هذا فقال المقر له أنا ابن فلان ولست بابنه فالمال لي دونك جعل المال بينهما لأن المقر أقر بالأخوة فيدفع إلى المقر له نصفه ويترك الباقي في يد المقر بحكم اليد وكذا لو قال ماتت زوجتي فلانة وخلفت هذا المال ميراثا لي ولأخيها هذا فقال الأخ أنا أخوها ولست زوجا لها فإنه يدفع إلى الأخ نصيبه ويترك نصيب الزوج في يد المقر

". [1]

" قولهم : إن وجوبها في بيت المال نفقة لا قرضا ، ثم وجه كونها قرضا إلحاقه بإطعام المضطر ووجه النفقة إلحاقه بالصبي والمجنون العاجزين . قوله : (يحتاج إلى إذن القاضي) لعدم ولايته . فصل إذا وجد قول المتن : (أو بدار فتحوها إلخ) قال الزركشي : كلا القسمين دار إسلام أيضا ، على نظر في الأول . قال ولو منعونا من الثاني فهو دار كفر . قول المتن : (مسلم) أي يمكن أن يولد له ذلك الولد قال الزركشي : ينبغي أن يكون اشتراط وجود المسلم راجعا للقسم الأول أيضا . قول المتن : (وإن سكنها مسلم إلخ) وإن نفاه . قوله : (فلا يغير **بمجرد الدعوى**) انظر لو انضم إلى الدعوى إلحاق القائف . قول المتن : (لا تفرضان في لقيط) أي وإنما يذكران في باب اللقيط استطرادا .

". [2]

" المدعى عليه لئلا يلزمه ما ليس بلازم لو عين الجهة وجب الاكتفاء بإطلاق المدعي وعدم إلجائه إلى التعيين خوفا مما ذكر . قول المتن : (إن لم تكن بينة) قضيته عدم مشروعية التحليف مع وجودها وعبارة المحرر يقيم البينة أو يحلفه ، قوله : (فإن أقام المدعي إلخ) تفريع على قوله والثاني ينصرف عنه إلخ . قوله : (ترك في يد المقر) قوله : أي فتبقى الخصومة معه ، قول المتن : (وقيل يسلم إلى المدعي) أي بيمينه . قال الإمام هو باطل لأنه إعطاء **بمجرد الدعوى** ، قوله المتن : (لظهور مالك له) أي كالمال الضائع . قال في الروضة قال في موضع وهذا أقوى الوجوه قول المتن : (فالأصح انصراف الخصومة) أي بالنسبة إلى قيمة العين وإلا فله تحليفه رجاء أن يقر فيغرم البدل للحيولة وعبارة الزركشي حكاية مقابل الأصح والثاني لا تنصرف بل يحلف أنها لغيره لنزع الملك من يده باليمين المردودة ، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلي إسقاط الدعوى ، قوله : (وصححه إلخ) هذا وكذا قوله الآتي فإن نكل حلف المدعي وأخذه إنما هو مفرع في الروضة ، وأصلها على مقابل الأصح القائل بأن الخصومة لا تنصرف وأما على الأصح وهو انصرافها فالذي رأيته في الروضة ترجيح أنه قضاء على غائب ، كما في المنهاج ثم قال بعد ذلك وحيث

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٤١٨/٤

(٢) حاشية عميرة، ١٢٧/٣

قلنا بانصراف الخصومة فله التخليف لتغريم البدل لعل نسخة الشارح رحمه الله من الروضة ، وإذا قلنا ينصرف بإسقاط لا أعني عند

". (١)

"من الجب والعنة اه.سم قوله: (على أحد وجهين) وهو الاقرب فلا يكون ابن الابرص كفؤا لمن أبوها سليم لانها تعير به نهاية ومغني قال الرشيدي قد يتوقف في هذا إلا قربية خصوصا في نحو العنة لا سيما إذا كان حصولها في الاب لطعنه في السن اه.ومر آنفا عن سم مثله وقال السيد عمر بعد ذكر كلام النهاية ما نصه أقول وعليه فهل هو على إطلاقه كما هو مقتضى إطلاق الحكم ومحله حيث كان الولد يعير به بخلاف ما إذا علا جدا بحيث لا يعير به أخذا من العلة محل تأمل ولعل الثاني أقرب اه.قوله: (الاوجه مقابله) خلافا للنهاية والمغني كما مر آنفا.قوله: (وزعم الاطباء إلخ) قد يقال يكفي في توجيه ذلك أن الولد يعير بآبائه حينئذ فتتضرر الزوجة اه.سم قول المتن: (للخيار) أي في النكاح وستأتي في بابه اه.مغني قوله: (فمن به جنون) إلى قوله بل قال القاضي في المغني وإلى المتن في النهاية إلا قوله: ومر إلى أما العيوب قوله: (وإن اتحد النوع) كذا في النهاية وفي أصل الشارح وإن اختلف الجنس فليحرر اه.سيد عمر ويوافق ما في أصلالشارح قول المغني اختلف العيبان كرتقاء ومجبوب أو اتفقا كأبرص وبرصاء اه.قوله: (أوجب) عطف على جنون قوله: (ومر) أي في أول الفصل قوله: (في هذا) أي المذكور من الجب والعنة قوله: (بلديا) الاولى بلدية قوله: (أي من به رق) إلى قوله ويفرق في النهاية إلا قوله وقد ذكرتها إلى المتن قوله: (من به رق إلخ) أي ولو مكاتبا اه.مغني قوله: (ولا لمبعضة) وهل المبعض كف ء لها قال في البحر إن استويا أو زادت حريته كان كفؤا لها وإلا فلا اه.مغني وفي ع ش عن بعض الهوامش وعن حواشي الروض للرملي مثله قول المتن: (ليس إلخ) وكف ء لعتيقة اه.مغني قوله: (وعروض نحو امرة إلخ) أي عروض كونه أميرا أو ملكا اه.كردي قوله: (فاندفع ما أطال إلخ) هذا الاندفاع مبني على **مجرد الدعوى** اه.سم وكذا أقر المغني ماقاله السبكي والبلقيني من أن طرو الامرة أو الملك للعتيق بجعله كفؤا لحرة الاصل قوله: (وكذا لا يكافئ) إلى قوله فإن من خصائصه في المغني قوله: (لها أبا أبعد) الاولى أبا أبعد لها قوله: (من أسلمت بأبيها إلخ) نشر على ترتيب اللف قوله: (وما لزم عليه) أي على قوله كالاسلام فلا يكافئ إلخ قوله: (من

---

(١) حاشية عميرة، ٤/٣٤٠

أن الصحابي) أي الذي أسلم بنفسه اللف قول المتن: (ولا غير هاشمي إلخ) كبني عبد شمس ونوفل وإن كانا أخوين لها سم اه.مغني قوله: (أولاد فاطمة) عبارة المغني أولاد الحسن والحسين اه.قوله: (منهم) أي من بني هاشم.قوله: (إن أولا بناته) أي لصلبه صلى الله عليه وسلم قوله: (وبه يرد) أي بقوله إن من خصائصه إلخ قوله: (أنهم) أي غير أولاد فاطمة من بقية بني هاشم وقوله لهم أي لاولاد فاطمة قوله: (بين هذا) أي استثناء بني هاشم ومطلب بالنسبة للكفاءة قوله: (فيهم)." (١)

"لابيه ومكافئ المكافئ مكافئ ويمكن دفع هذا بمنع أن مكافئ المتكافئ مكافئ كليا سم قوله: (غيرها هنا) إذ المراد بها في الخبر المساواة حيث لا مانع من الموانع المعتبرة فيؤخذ الشريف بالوضيع والنسيب بالدنئ إلى غير ذلك ع ش قوله: (وإلا لزم الخ) وتمنع الملازمة بسند أن الخروج عن قضية الحديث فيما مر بمخصص ولا مخصص هنا فليتأمل سيد عمر قوله: (إن الاسلام الخ) فيلزم المكافأة بين الحر والعبد المسلمين وبين نحو الزاني المحصن وغير الزاني كذلك سم قوله: (بكسر الدال) إلى قول المتن فإن اقتص في المغني إلا قوله ثم رجع إلى وألحق بأحدهما وقوله ولو لحق إلى ولو كان الفراش وقوله ولو احتمالا بأن لم يتيقن سبق قوله: (بكسر الدال) بخطه على لفظ الجميع مغني قوله: (مع المكافأة) أي فلا يقتل الولد المسلم بالوالد الكافر مغني قوله: (فبقية المحارم) أي قتل بعضهم ببعض مغني قوله: (بأصله) أي في المحرر قوله: (كما مر) أي قبيل قول المصنف ولو قتل عبد عبدا قوله: (لما مر) أي من خبر لا يقاد للابن من أبيه الخ قوله: (هو) أي الآخر قوله: (من القاتل) متعلق باقتص قوله: (رجع الخ) أي القاتل قوله: (وإلا) أي بأن انتفى الالحاق أو الادعاء قوله: (وقف) أي إن رجى إلحاقه بأحدهما وإلا فينبغي أن يجب فيه الدية وتكون لورثته إن كان له وارث خاص أو لبيت المال إن لم يكن ع ش قوله: (فبناؤه) أي اقتص سم قوله: (ما ذكر) أي من قوله بل غيره الخ قوله: (لئلا يبطل حقه) أي حق المقتول من النسب مغني.قوله: (ولو قتلاه الخ) الاولى التفريع.قوله: (وقد تعذر الالحاق والانتساب) انظر ما وجه هذا التقييد مع أنه برجوع أحدهما يلحق بالآخر رشيدي عبارة سم قوله وقد تعذر الالحاق أي لفقد القائف أو تحيره والانتساب أي لقتله قبل انتسابه بعد بلوغه ومفهوم هذا التقييد أنه لو لم يتعذر ما ذكر لم يقتل الراجع به وهل المراد بهذا المفهوم أنه إن كان القائف ألحقه به أو كان المقتول انتسب به بعد بلوغه قبل قتله فيهما فلا يؤثر رجوعه في اللحوق فيهما وينتفي القتل أو المراد به أن الالحاق والانتساب إن وقعا بعد الرجوع قبل

---

(١) حواشي الشرواني، ٢٧٩/٧

القتل فيعتد بهما مع رجوعه ولا يؤثر فيهما فليراجع كلذلك وليحرر اه أقول وظاهر إطلاقهم عدم تأثير الرجوع في اللحوق مطلقا تقدم عليه أو تأخر عنه فلا يقتل الراجع فيهما جميعا قوله: (والانتساب) كذا في أصله رحمه الله تعالى ثم أصلح وأبدل بلفظ ولا انتساب فليتأمل وليحرر فإن عبارة النهاية أي والاسنى أيضا والانتساب سيد عمر قوله: (قتل به) لانه برجوعه انتفى نسبه عنه وثبت من الآخر فتبين أن القاتل ليس أباه ع ش قوله: (أو ألحق الخ) عطف على رجع في قوله ثم رجع سم وع ش قوله: (بأحدهما الخ) أي أو بغيرهما اقتص منهما أسنى قوله: (قتل الآخر) ظاهره سواء وجد الرجوع منهما أو من أحدهما أم لا وسواء كان الرجوع قبل الالحاق أو بعده فليراجع قوله: (أقوى منهما) أي القائف والانتساب ع ش قوله: (ولو كان الفراش الخ) عبارة المغني والروض مع الاسنى هذا إذا لم يكن لحوق الولد بأحدهما بالفراش بل بالدعوى كما هو الفرض أما إذا كان بالفراش كأن وطئت امرأة بنكاح أو شبهة في عدة من نكاح وأتت بولد وأمكن كونه من كل منهما فلا يكفي رجوع أحدهما في لحوق الولد بالآخر وإنما يلحق به بالقائف ثم بانتسابه إليه إذا بلغ اه قوله: (لم يكف الخ) أي بخلاف ما إذا وجد **مجرد الدعوى** سم وع ش قوله: (بالرجوع) عبارة الشيخ عميرة بالجحود وهي أعم لشمولها ما لو أتت أمته." (١)

"وليه ع ش قوله: (عليه) إلى قول المتن وقيل في النهاية إلا قوله فيجب مهر المثل وكذا في المغني إلا قوله أو عفو في الثانية وقوله وجواب دعوى ألف إلى ويكفي قول المتن: (فقال لا تلزمني الخ) وإن قال في جوابه هي عندي أو ليس لك عندي شئ فذاك ظاهر مغني قول المتن: (حتى يقول ولا بعضها الخ) وإن ادعى دارا بيد غيره فأنكره فلا بد أن يقول في حلفه ليست لك ولا شئ منها ولو ادعى أنه باعه إياها كفاه أنه لم يبعها مغني وروض مع شرحه قوله: (وإنما يطابقانها الخ) أي وقوله لا يلزمني العشرة إنما هي نفي لمجموعها ولا يقتضي نفي كل جزء منها مغني قول المتن: (فنأكل) ينبغي أن يكون محله في غير معذور لجهل أو دهش وإلا فهو مشكل فليتأمل وليحرر سيد عمر عبارة البجيرمي قوله فنأكل عما دونها في هذه العبارة بعض اجمال لانه لا يكون ناكلا بمجرد حلفه على نفي العشرة بل لا بد بعد هذا الحلف أن يقول له القاضي هذا غير كاف قل ولا بعضها فإن لم يحلف كذلك فنأكل عما دونها شيخنا عزيزي اه قوله: (وإن قل) شامل لما يقول وهو ظاهر أن ادعى بقاء العين فإن كانت تالفةفلا لانه لا مطالبة بما لا يتمول ع ش وفيه تأمل لان المطلوب هنا إنما هو غير الاقل لا الاقل.قوله: (نعم إن نكل المدعى عليه الخ)

---

(١) حواشي الشرواني، ٨/٤٠٤

كأنه أراد بالنكول الانكار مع الحلف وإلا فالنكول عن اليمين يقتضي حلف المدعي على العشرة واستحقاقها سم أقول قوله وإلا فالنكول الخ إنما ينتج ما ادعاه لو لم يصح تاليه والحال لا محذور في التزام صحته فحاصل المقام إنه إذا أجاب المدعى عليه بلا تلزمني العشرة ولا جزء منها واستحلفه القاضي على العشرة فقط فنكل عن الحلف عليها فللمدعي أن يحلف على استحقاقها من غير تجديد دعو وليس له أن يحلف على استحقاق ما دونها إلا بعد تجديد دعوى ونكول المدعى عليه فهذا لا محذور فيه فليراجع ثم رأيت في الانوار ما نصه وإذا عرضه القاضي اليمين على العشرة ودونها فحلف على نفي العشرة واقتصر عليه فنأكل عما دون العشرة وللمدعي الحلف على استحقاق ما دونها بقليل ولو نكل المدعى عليه من مطلق اليمين وأراد المدعي الحلف على بعض العشرة فإن عرض القاضي اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها فله الحلف على بعضها وإن عرض على العشرة وحدها لم يكن له الحلف على بعضها بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه اه ويتضح بذلك عدم إرادة ما قاله المحشي سم وأن كلام الشارح على ظاهره ولا محذور فيه والله أعلم قوله: (فقط) أي ولم يقل ولا شئ منها نهاية قوله: (نكحها الخ) أي أو باعها داره روض ونهاية قوله: (فإن نكل لم تحلف هي الخ) أي بل إن حلفت يمين الرد قضى لها واستحقت الخمسين لان اليمين المردودة كالاقرار وإن لم تحلف لم تستحق شيئا لان مجرد الدعوى مع نكول المدعى عليه لا يثبت شيئا هذا هو الموافق للقواعد فقول الشارح فيجب مهر المثل فيه نظر ظاهر سواء بنى ذلك على حلفها يمين الرد أو على عدمه لا يقال وجه قوله فيجب مهر المثل أن الزوج معترف بالنكاح لانا نقول لا نسلم أنه معترف به لان إنكاره أنه نكح بخمسين شامل لانكار نفس النكاح ولو سلم فمجرد الاعتراف بالنكاح لا يوجب مهر المثل بمجرد دعوى الزوجية كما يعلم بمراجعة ما تقدم في بحث الاختلاف قبيل الوليمة فراجعه وتأمله تعرفه ثم بحثت بجميع ذلك مع م ر فوافق عليه اه سم ولك أن تجيب بحمل كلام الشارح على الاعتراف وتقدير إلا أن ثبت خلافه أخذا مما يأتي في دعوى ألف صداقا قوله: (لم تحلف هي على أنه الخ) قال في شرح البهجة إلا إذا استأنفت الدعوى عليه ببعض الخمسين فإنها تحلف عليه لنكوله كما في الروضة وأصلها سم وعبارة الاسنى والنهاية إلا بدعوى." (١)

" فصل فيما يتعلق بجواب المدعى عليه لما بين فيما سبق كيفية الدعوى بين هنا كيفية الجواب أي في بيان الجواب وما يكفي فيه وما لا يكفي أي وما يتبع ذلك من قوله وما قبل إقرار رقيق به الخ

---

(١) حواشي الشرواني، ٣٠٤/١٠

قوله (لو أصر الخ) أي استمر على سكوته عن جواب خصمه أي والحال أنه عارف أو جاهل ونبه فلم يتنبه كما أفاد ذلك كله قوله أصر شرح م ر

تنبيه يقع كثيرا أن المدعى عليه يجيب بقوله يثبت ما يدعيه فيطالب القضاة المدعي بالإثبات لفهمهم أن ذلك جواب صحيح وفيه نظر إذ طلب الإثبات لا يستلزم اعترافا ولا إنكارا فتعين أن لا يكتفي منه بذلك بل يلزم بالتصريح بالإقرار أو الإنكار حج زي

فرع يقع أن المدعى عليه بعد الدعوى عليه يقول ما بقيت أتحاكم عندك أو ما بقيت أدعي عندك والوجه أنه يجعل بذلك منكرا ناكلا فيحلف المدعي ويستحق ط ب

قوله (فكناكل) أي صريحا وإلا فهذا نكول كما سيأتي في المتن لكنه ليس بصريح وإنما الصريح في النكول امتناعه من الحلف وعبارة الجلال كمنكر ناكل

قوله (إن حكم القاضي) أي فلا يصير ناكلا بمجرد السكوت فقط بل لا بد من الحكم بالنكول أو يقول للمدعي احلف شيخنا عزيزي

قوله (بعد عرض اليمين عليه) أي ولم يمتنع بأن سكت لأنه إن امتنع من اليمين يكون ناكلا حقيقة كما سيأتي

قوله (فيحلف المدعي) ولا يمكن الساكت من الحلف بعد حلف المدعي لو أراده ويندب له أن يكرر أجبه ثلاثا شرح م ر

قوله (شرح له القاضي) أي وجوبا م ر بأن يقول له إن لم تحلف حلف المدعي واستحق عليك عبد البر

وقال شيخنا قوله شرح له القاضي بأن يقول له إذا أطلت السكوت حكمت بنكولك وقضيت عليك

قوله (ثم حكم عليه) أي بالنكول

قوله (قال للمدعي احلف) أي بعد عرض اليمين على المدعى عليه وهو معطوف على قوله حكم

قوله (وإن لم يصر) مقابل لقوله أصر وهو دخول أيضا على قوله فإن ادعى إشارة إلى أنه مفرع على محذوف والظاهر أنه لا حاجة إليه بل كان الأولى حذفه لأن قوله فإن ادعى الخ لا يظهر تفريعه عليه ومن ثم لم يذكره م ر

قوله (حتى يقول ولا بعضها) ويجري ذلك في الأعيان أيضا كما في الروض وعبارته وإن ادعى ملك دابة بيد غيره فأنكر فلا بد أن يقول في حلفه ليست لك ولا شيء منها سم

قوله (فاشترطت مطابقة الإنكار الخ) أي وإنما يطابقها إن نفى كل جزء منها م ر

قوله (فناكل عما دونها) في هذه العبارة بعض إجمال لأنه لا يكون ناكلا بمجرد حلفه على نفي العشرة بل لا بد بعد هذا الحلف أن يقول له القاضي هذا غير كاف قل ولا بعضها فإن لم يحلف كذلك فناكل عما دونها شيخنا عزيزي

قوله (فيحلف المدعي على استحقاقه) محل هذا إذا عرض على المدعى عليه اليمين على العشرة وما دونها وامتنع من الدون وإلا فلا يكون ناكلا عن الدون بل لا بد من تجديد دعوى به

وجواب عميرة وقوله وإلا أي وإن لم تعرض عليه اليمين

قوله (كفاه نفي العقد بها) لأن المدعي للنكاح بقدر غير مدع له بما دونه شرح م ر

قوله (عليه) أي على نفي العقد بها

قوله (فإن نكل الخ) لا يحسن ترتب عدم حلفها على البعض إلا على حلفه على نفي العقد بالجميع لا على النكول الذي ذكره فلعل الأولى أن يقول فإن نكل حلفت على وقوع العقد بالخمسين واستحقتها وإن حلف على نفي ذلك لم تحلف على البعض انتهى

قال سم على حج قوله فإن نكل لم تحلف هي على البعض بل إن حلفت يمين الرد قضي لها واستحقت الخمسين لأن اليمين المردودة كالإقرار وإن لم تحلف لم تستحق شيئا لأن **مجرد الدعوى** مع نكول المدعى عليه لا تثبت شيئا هذا هو الموافق للقواعد

فقول الشارح يعني حج فيجب مهر المثل فيه نظر ظاهر سواء بني ذلك على حلفها يمين الرد أو على عدمه

لا يقال وجه قوله فيجب مهر المثل أن الزوج معترف بالنكاح

لأنا نقول لا نسلم أنه معترف لأن إنكاره أنه نكح بخمسين شامل لإنكار نفس النكاح ولو سلم فمجرد الاعتراف بالنكاح لا يوجب مهر المثل بمجرد دعوى الزوجية

." (١)

"وقول المرتهن يستند الجزء السادس (٢) إلى صورة الرهن وصفته ، ولأن نكول المرتهن بعد الراهن يوجب الحكم بقول الراهن في إسقاط الخيار ، كذلك نكول الراهن بعد المرتهن يوجب الحكم بقول المرتهن في إثبات الخيار فعلى هذا يكون الحكم فيه على ما مضى لو حلف . والوجه الثاني : لا يحكم للمرتهن بقوله : لأن فيه استئناف حكم **بمجرد الدعوى** ولا يجوز أن يستأنف حكم **بمجرد الدعوى** وليس كذلك نكول المرتهن بعد الراهن ، لأن فيه استدامة حكم في إسقاط الخيار وليس فيه استئناف حكم في إثبات الخيار . فصل : وإذا صار العصير خمرا في يد المرتهن فلم يرقه حتى صار خلا في يد المرتهن ثم اختلفا فقال الراهن : صارت خلا بنفسها ، وقال المرتهن : صارت خلا بالتخليل ، فقد بطل الرهن بدعوى المرتهن : لأنه يقر أنه قد خرج من الرهن خروجا لا يجوز عوده إليه فكان قوله مقبولا فيصير القول قول الراهن أنها استحالت خلا بنفسه، وله بيعها والتفرد بثمنها . ولو قال المرتهن : استحالت خلا بنفسها ، وقال الراهن : صارت خلا بالتخليل ، ففيها وجهان : أحدهما : أن القول قول المرتهن أنها استحالت بنفسها وتكون رهنا . والوجه الثاني : أن القول قول الراهن." (٣)

"منكرا . ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعا من الصلح بكل حال لأنه يبعد الصلح مع الإقرار فلم يبق له محل إلا مع الإنكار . ودليلنا قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل [البقرة : ١٨٨] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل ، لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه . وما روي عنه ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ أنه قال : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا . الجزء السادس (٤) والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام ؛ لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام ، ويحرم على المدعي باقي حقه وذلك حلال . ولأنه صلح على **مجرد الدعوى** فوجب أن يكون باطلا كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار . ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه ، أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال ، ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه . ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة ، فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع .

---

(١) حاشية البجيرمي، ٣٩٨/٤

(٢) ١١٨

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٢٣٦/٦

(٤) ٣٧٠

ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين . ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال : [الأول] : إما أن." [1]

" فصل : وأما القسم الثالث : وهو ما اختلف قوله في قبول قول الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل في عمله فيدعي الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه وينكره الموكل ، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوب له والمطلقة والقابض والمعتق ففيه قولان محكيان عن الشافعي ووجهان ذكرهما ابن سريج . فأحد قولي الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه ، والبينة عليه معتبرة بالمشهود فيه من كونه مالا أو غير مال وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم تلزم **بمجرد الدعوى** . الجزء السادس [2] والقول الثاني : أن القول في جميع ذلك قول الوكيل لأن الموكل لما أقامه مقام نفسه نفذ قوله عليه كنفوذ قوله على نفسه ، فهذان قولا الشافعي المحكيان عنه . وأما وجها أبي العباس فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ونصر توجيههما . أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء كان قوله مقبولا فيه لأنه لما كان يصح من الوكيل في." [3]

" فصل : فإن كان المدعي هو الأب فلا بد من وجود الشرطين في الولد الذي ادعاه وهما : جهل نسبه . وجواز أن يولد مثله لمثله . ثم لا بد أن يكون من أهل الدعوى بكمال العقل ، ولا فرق بين أن يكون الولد صغيرا ، أو الجزء السابع [4] كبيرا ، فإن كان صغيرا ألحق **بمجرد الدعوى** ، ولا يعتبر في لحوقه تصديق الولد ؛ لأنه لا حكم للصغير في نفسه فإن بلغ فأنكر لم يؤثر إنكاره في نفي النسب لما تقدم من الحكم بثبوته . وإن كان الولد كبيرا لم يثبت نسبه ، ولم يلحق بالمدعي إلا بإقراره ؛ لأن للكبير حكما في نفسه ، فإن أقر له بالبنوة لحق به وتعلقت به أحكام الأبناء سواء كان الأولاد أنكروا ، أو لا ، وإن أنكروا فعليه اليمين . فإن ادعى الأب ولدا بعد موته أي بعد موت الولد فإن كان الولد الميت صغيرا لحق به وورثه ؛ لأنه لو كان حيا لصار بدعواه لاحقا به فكذلك بعد موته ، وقال أبو حنيفة : إن كان الولد موسرا لم يلحق به ؛ لأنه متهم بادعائه لإرثه . وهذا خطأ ؛ لأن الإقرار بالأنساب لا تؤثر فيها التهمة في الأموال ألا

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٠٩/٦

(٢) ٥٢٢

(٣) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١١٦٧/٦

(٤) ٩٧

ترى لو أقر وهو زمن فقير بابن صغير موسر لحق به ، ولا تكون التهمة في وجوب نفقته في مال الابن مانعة من صحة." [1]

"إقراره كذلك في ميراث الميت . فأما إن كان الولد الذي ادعاه بعد موته كبيرا لم يلحق به ؛ لأنه لو كان حيا لم يلحق به **لمجرد الدعوى** حتى يقر به فكذا بعد الموت . فهذا أحد ضربي الأنساب التي لا يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها .." [2]

" مسألة : قال المزني رحمه الله تعالى : " إن علم منه سرقة في النخل وفسادا العامل في المساقاة منع من ذلك وتكوري عليه من يقوم مقامه " . قال الماوردي : اعلم أن على العامل في الثمرة حقين (المساقاة) : أحدهما : حفظها ، والثاني : أداء الأمانة فيها ، فإن ظهر منه تقصير في الحفظ أخذ به واستؤجر عليه من يحفظها من ماله ، وإن ظهرت منه خيانة في الثمرة وسرقة لها بإقرار منه ، أو بينة قامت عليه ، أو بيمين المدعي عند نكوله منع من الثمرة ورفعت يده عنها (قال المزني هاهنا) : ويكارى عليه من ماله من يعمل في الثمرة ، وقال في موضع آخر استأجر عليه الحاكم أمينا يضمه إليه ليقوم بحفظ الثمرة ، وليس ذلك على اختلاف قول منه في الحكم ، وإنما هو مردود إلى اجتهاد الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين ، وكلاهما جائز . فأما إن ادعى رب النخل الخيانة ، والسرقة ، والعامل منكر لهما ، ولا بينة تقوم بها فالقول فيها قول العامل مع يمينه ، وهو على تصرفه في الثمرة لا ترفع يده عنها **بمجرد الدعوى** ، فإن الجزء السابع [3] أراد رب النخل بدعوى السرقة الغرم لم تسمع الدعوى منه إلا معلومة ، وإن أراد رفع يد العامل بها عن الثمرة ففيه." [4]

" مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالي – : " ولو ادعاه الذي وجده ألحقته به ، فإن ادعاه الجزء الثامن [5] آخر أريته القافة ، فإن ألحقوه بالآخر أريتهم الأول ، فإن قالوا إنه ابنهما لم ننسبه إلى أحدهما حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهما ، وإن لم يلحق بالآخر فهو ابن الأول " . قال الماوردي : وصورة هذه المسألة في رجل وجد لقيطا فادعاه ولدا فدعواه مسموعة وقوله مقبول ، ويحكم له ببنوته ، سواء ادعاه

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ٢٢١/٧

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ٢٢٢/٧

(٣) ٣٨٣

(٤) الحاوى الكبير . الماوردى، ٩٢٩/٧

(٥) ٥٣

مع التقاطه أو بعده : لأنه لا منازع له ليمنع منه ، وينبغي أن يسأله الحاكم استظهارا من أين صار ولدك أمن أمة أو زوجة في نكاح أو شبهة ، فإن أغفل كل ذلك جاز : لأن قوله فيه مقبول ، فإن جاء آخر بعد إلحاقه بالواجد فادعاه ولدا لم يقبل قوله **بمجرد الدعوى** : لأن الأول بادعائه له قد صار دافعا لدعواه ولا يمنع منها لاحتمالها ، وأن إلحاقه بالأول إنما كان تغليبا لصدقه عند عدم المنازع ، وإذا كان كذلك وجب أن يرى الثاني مع الولد القافة : لأن فيها بيانا عند التنازع في الأنساب ، فإن نفوه عن الثاني استقر لحوقه بالأول استصحابا لسابق الحكم ، وإن ألحقوه بالثاني عرض عليهم الولد مع الأول ، فإن نفوه عن." (١)

"عنه بعد البلوغ صار مرتدا أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجوه الثلاثة . أحدها : أنه لا يصير بذلك مسلما ، وسواء ألحق بالذمي **بمجرد الدعوى** أو ببينة شهدت له بأنه ولد على فراشه . والضرب الثاني : أن يلحق به في صغره وطفولته وقبل صلاته وصيامه ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يلحق به ببينة تشهد بأنه ولد على فراشه ، فهذا تجري عليه أحكام الكفر تبعا لأبيه : لأن قيام البينة العادلة لولادته على فراشه تأصل عن حكم الأصل في ظاهر الدار . والضرب الثاني : أن يلحق به **بمجرد الدعوى** من غير بينة ففيه قولان : أحدهما : ينقل من حكم الإسلام إلى حكم الكفر : لأنه صار لاحقا بكافر فصار الظاهر غير ذلك الظاهر . والقول الثاني وهو اختيار المزني : أنه يكون باقيا على حكم الإسلام ولا ينقل عنه للحوقه بكافر : لأن حكم الدار أقوى من دعوى محتملة ، فعلى هذا إن خيف عليه من افتتانه بدين أبيه حيل بينه وبين أبيه وأخذ بنفقته حتى يبلغ ، فإن بلغ ووصف الإسلام تحقق حكمه فيه ، وإن وصف الكفر ومال إلى دين أبيه أرهب وخوف رجاء عوده ، فإن أبى إلا المقام على الكفر فبعدا له ولا يصير بذلك مرتدا ، ويقر على ما اختاره لنفسه من." (٢)

" مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " ولا دعوة للمرأة إلا ببينة " . قال الماوردي : واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على ثلاثة أوجه ، وخلافهم فيها قديم حكاه أبو إسحاق المروزي وغيره . فأحد الوجوه الثلاثة أنه لا يقبل منها ادعاء اللقيط ولدا لنفسها إلا ببينة تشهد لها بولادته ، سواء كانت ذات زوج أو لم تكن ، بخلاف الرجل والذي يقبل منه دعوى نسبه وإن لم تكن له ببينة ، والفرق بين الرجل والمرأة أن لحوق الولد بالمرأة يمكن أن يعلم يقينا بمشاهدتها عند ولادته ، فكانت دعواها

---

(١) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٥١/٨

(٢) الحاوى الكبير . الماوردى، ١٦١/٨

أضعف لقدرتها على ما هو أقوى ، والرجل يلحق به الولد بغلبة الظن دون اليقين ، فجاز لضعف أسبابه أن يصير ولدا لها **بمجرد الدعوى** . والوجه الثاني : أنها إن كانت ذات زوج لم يصر ولدا لها **بمجرد الدعوى** حتى تقيم بينة بولادته ، وإن كانت غير ذات زوج قبل منها وألحق بها : لأنها إذا كانت ذات زوج أوجب لحوقه بها أن يصير لاحقا بزوجها : لأنها له فراش ، فلم يثبت ذلك إلا ببينة يثبت بها الفراش ، وإذا لم تكن ذات زوج فلحوقه بها لا يتعداها إلى غيرها كالرجل . والوجه الثالث : أن مراد الشافعي بذلك أنه لا دعوة لها في." (١)

"إلحاقه بزوجها ولا في ادعائه لنفسها إلا ببينة تقيمها على ولادتها له ردا على طائفة زعمت أن المرأة إذا ادعت ولادة ولد على فراش الزوج كان قولها فيه مقبولا وصار بالزوج لاحقا ، فأما إذا أرادت أن تدعوه لنفسها ولدا فإنه يلحق بها **بمجرد الدعوى** كالرجل . فصل : فإذا لحق بها على ما ذكرنا من هذه الوجوه الثلاثة لم يلحق بزوجها إلا أن يصدقها على ولادته فيصير حينئذ لاحقا به بتصديقه المرأة اذا ادعت لقيطا ولدا ، أو ببينة تقيمها على ولادته . فصل : فلو قالت المرأة وقد ألحق بها الولد وأنكرها الزوج أن تكون ولدته على فراشه : أنا أريه القافة معك ليلحقوه بك ، لم يجز : لأن الولادة لا تثبت بالقافة لإمكان البينة .." (٢)

" مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : ومن انتسب إلى نسب فهو منه إلا أن تثبت بينة بخلاف ذلك ولا يدفع نسب بالسماع . قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي حامد الإسفراييني وطائفة أنها محمولة على دعوى النسب الخاص وهو الواحد يدعي أبا فيقول : أنا ابن فلان ، فإن اعترف له بالأبوة ثبت نسبه ، أو يدعي الواحد ابنا فيقول : هذا ابني ، فإن اعترف له بالبنوة ثبت نسبه وصار جميع من ناسبهما عواقل لكل واحد منهما ، فإذا ادعاه رجل أقر أنه ولده لم يقبل دعواه بعد لحوقه بالأول إلا ببينة تشهد له أنه ولد على فراشه فيلحق به ، لأن لحوق البينة بالفراش أقوى من لحوقه **بمجرد الدعوى** ، ولو شهدت البينة له بأنه ابنه ولم يشهد له بالفراش لم يحكم له بنسبه وكان لاحقا بالأول ، سواء صدقه الولد أو لم يصدقه : لأن لحوقه بالأول يمنع من نفيه عنه إلا بما هو أقوى منه وليس في هذه البينة زيادة قوة إلا أن تشهد بالفراش وإلا فشهادتها منسوبة إلى السماع ، وقد

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨/١٦٤

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨/١٦٥

قال الشافعي : " لا يدفع نسب بالسماع " فهذا حكم تأويلها على الوجه الأولى . والوجه الثاني : وهو قول." [١]

"يمكن حملها على أن المدعي ادعى قتل العمد ليستحق القود ، فاعترفوا له بقتل الخطأ ، فأحلفهم على العمد ، وأوجب عليهم دية الخطأ بالاعتراف . وأما الجواب عن قياسهم على **مجرد الدعوى** : فهو أنه لا يجوز أن يعتبر يمين المدعي بدعواه ، كما لا يجوز أن يعتبر يمين المنكر بإنكاره ، للفرق فيما بين اليمين ومجرد القول . أما الجواب عن قياسهم على سائر الدعاوى : فهو إجماعنا على اختصاص القسامة بالدماء دون سائر الدعاوى . وأما قياسهم على الأطراف : فلأن القسامة عندهم لا تدخلها وإن دخلت في النفس ، وكذلك عندنا : لأن حرمة النفس أغلظ ؛ ولذلك تغلغلت بالنفس دون الأطراف . والله أعلم بالصواب . مستوى بيان معنى اللوث." [٢]

" فصل : وإذا تعذر أخذ الجزية من الذمي حتى مضت عليه سنوات لم تتداخل ، وأخذت منه جزية ما مضى من السنين كلها . الجزء الرابع عشر [٣] وقال أبو حنيفة : تتداخل ، ولا يؤخذ منه إلا جزية سنة واحدة ، استدلالا بأن الجزية عقوبة ، فوجب أن لا تتداخل كالحدود . ودليلنا : هو أنها مال يتكرر وجوبه في كل حول ، فوجب أن لا يتداخل كالزكاة والدية على العاقلة ، ولأن الجزية معاوضة عن حقن الدم والمساكنة ، فوجب أن لا تتداخل كالأجرة . وأما الجواب عن قياسه على الحدود مع انتقاضه بمن أفطر بجماع في شهر رمضان ، ثم أفطر فيه في يوم ثان ، لم تتداخل الكفارتان ، وإن كانتا من جنس واحد ، فهو أن المعنى في الحدود أن لا مال فيها ، فجاز أن تتداخل كالقطع في السرقة ، والجزية مال ، فلم تتداخل ، كالمال فيها . فإذا ثبت هذا ، وغاب الذمي سنين ثم عاد مسلما ، وادعى تقدم إسلامه ، وسقوط جزيته في جميع مدته ، قال الشافعي : قبل قوله في سقوطها عنها ، وأحلف إن اتهم . قال الربيع : وفيها قول آخر : أنه لا يقبل منه إلا ببينة : لأنها على أصل الوجوب ، فلم تسقط **بمجرد الدعوى** . والأشبه أنه قال مذهبا لنفسه ، وليس يصح : لأنه خلف في أصل." [٤]

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٨٣٠/١٢

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ١٣/١٣

(٣) ٣١٦

(٤) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٩٩/١٤

"كغيره من الخصوم يجوز للحاكم إحضاره وسماع الدعوى عليه والحكم بينه وبين خصمه . وإن كان التظلم منه في حكم حكم به عليه لم يسمع الحاكم الدعوى منه مجملة حتى يصفها بما تصح الدعوى بمثله . فإذا وصفها نظر الحاكم فيها ، فإن كان الحكم بمثلها لا يجوز أن ينقض ، لأنه خالف فيها من قياس المعنى القياس الخفي ، أو خالف فيها من قياس الشبه قياس التقريب ، رد المتظلم عنه ولم يعده وأعلمه أن حكمه نافذ عليه . فإن كان الحكم مما ينقض مثله ، لمخالفته نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي من قياس المعنى أو قياس التحقيق من قياس الشبه فقد اختلف أصحابنا بعد سماع هذه الدعوى منه فيما يستجيز به الحاكم إحضار الأول على ثلاثة أوجه : أحدهما : أنه لا يستجيز إحضاره بمجرد الدعوى حتى يقيم بها المتظلم بينة تشهد له بصحة دعواه ، لأن الظاهر من أحكام الأول نفوذها على الصحة ، فلم يجز أن يعدله في٥١ عن الظاهر إلا ببينة . ولأن تصان ولاة المسلمين عن البذلة إلا بما يوجبها . والوجه الثاني : إن اقترن بدعواه أمارة تدل على صحتها من كتاب قضية أو محضر ظاهر الصحة أحضر به الأول ، وإن تجردت الدعوى." (١)

" فصل : وأما المزني فإن كلامه يشتمل على ثلاثة فصول : الجزء السابع عشر (٢) أحدها : بيان ما هو الأصح على مذهب الشافعي في تعارض البينتين ، وأن الذي يقتضيه كلامه إسقاطهما ، والعمل بما يوجبه مجرد الدعوى واليد ، لأنه قد أبطل القسمة بقوله ، أن استعمالهما في القسمة منع ليقين الخطأ في إعطاء أحدها أقل من حقه ، وإعطاء الآخر ما ليس بحقه ولأصحابنا عن هذا جوابان : أحدهما : أنه شنع مع القطع بتكاذب البينتين وليس بشنع في جواز تصادقهما ، فتبطل القسمة في التكاذب ولا تبطل مع جواز التصادق . والجواب الثاني : أنه شنع في الباطن ، لامتناعه وليس بشنع في الظاهر لأننا نبطل السبب المتضاد ، ونحكم بالبينة في المال ، وقد قال النبي ﴿صلى الله عليه وسلم﴾ : " إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر " . فمن ثم أبطل المزني الإقراع بينهما لأن الشافعي قال فيمن مات عن زوجة مطلقة ، قد اشتبهت أن٥ لا قرعة بينهما ، فكذلك بأن مثله في إبطال القرعة في البينتين ، ولأصحابنا عن هذا جوابان

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٣٤٠/١٦

(٢) ٣٣٥

: أحدهما : أنه أبطل القرعة في الزوجتين والولدين ، لأنه قد رجع في الزوجتين إلى بيان الورثة ، وفي الولدين إلى بيان." (١)

" فصل : والحال الثالثة : أن يكون هذا المدعي رقه مراهقا مميزا ، وليس ببالغ ثبوت رقه بالدعوى ففي ثبوت رقه **بمجرد الدعوى** وجهان : أحدهما : يحكم له برقه عبدا له ، ولا يؤثر فيه إنكاره قبل بلوغه ، ولا بعد بلوغه إلا ببينة تشهد بحريته ، لأن حكم ما قبل البلوغ في ارتفاع العلم سواء . والوجه الثاني : أن الحكم برقه موقوف على إقراره ، وإنكاره فإذا اعترف له بالرق ، حكم له بعبوديته ، وإن أنكر الرق حكم له بالحرية ، ولا يحلف على إنكاره ، إلا بعد بلوغه ، ولا يمتنع أن يكون لقوله قبل البلوغ حكم ، وإن لم يجر عليه قلم ، كما يخير قبل البلوغ بين أبويه ، ويصح منه فعل الصلاة ، وإن لم تلزمه ، ويسمع خبره في المراسلات ، والمعاملات ، ويشبه أن يكون هذان الوجهان من اختلافهم في صحة إسلامه بعد مراهقته ، وقبل بلوغه وكلام الشافعي هاهنا في قوله : " إذا كان لا يتكلم " دليل على أنه إذا كان يتكلم بالمراهقة والتمييز أن يعتبر إقراره وإنكاره ، وقد تأوله من قال بالوجه الأول أن معناه إذا كان ممن لا حكم لكلامه . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " فإن أقام رجل بينة أنه ابنه ، جعلته ابنه وهو في يدي الذي." (٢)

"وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان أحدهما يثبت لانه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع

والثاني لا يثبت لانه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب

فصل وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرده لانه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع

وإن خرج مستحقا رجع بالعهدة على المشتري لانه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه

فصل وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لانه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولانه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب

وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه

---

(١) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٦٨٧/١٧

(٢) الحاوى الكبير ـ الماوردى، ٧٦٩/١٧

وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان أحدهما يسقط لانها شفعة واحدة فإذا عفي عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص

والثاني لا يسقط لانه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين

فصل إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة

وقال الآخر بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك فالقول قول المدعي عليه مع يمينه لانه يدعي عليه استحقاق ملكه بالشفعة فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فإن نكل عن اليمين حلف المدعي وأخذ بالشفعة

وفي الثمن ثلاثة أوجه أحدها أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجما إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب

والثاني أنه يترك (الثمن) في يد المدعي لانه قد (أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده) كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له

والثالث يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لانهما اتفقا (على) أنهما لا يستحقان ذلك

فصل وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة فالقول قول كل واحد منهما لما ذكرناه

فإن سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ثم يدعي الحالف على الآخر

فإن حلف استقر أيضا ملكه وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي

(فإذا) حلف استحق وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه لانه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة

فصل وإن اختلفا في الثمن فقال المشترى الثمن ألف وقال الشفيع (هو) خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة

فصل وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري لان ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسي فإذا حلف لم يستحق الشفعة لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدعيه

وقال أبو العباس يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه لا أعلم القدر والمذهب الأول لان ما يدعيه ممكن فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي

ويخالف إذا ادعى عليه ألفا فقال لا أعرف القدر لان هناك لم يجب عن الدعوى وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة وإنما ادعى الجهل بالثمن

فصل وإن قال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل فهل له أن يحلف المشتري فيه وجهان أحدهما ليس له أن يحلفه حتى يعلم لان اليمين لا يجب بالشك

والثاني له أن يحلفه لان المال لا يملك بمجرد الدعوى

وإن قال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع لا أعلم كم هو ولكنه دون الألف فالقول قول المشتري فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن لانه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم

فصل وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعي

فصل وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف لان المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه

فإن كذبه المشتري

---

(١) ".

"قولان لان الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم

---

(١) المهذب، ٣٨٣/١

وقال أبو إسحاق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لان بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره والبينة بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له

فصل فى إذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت فى يده أو فى ملكه أمس فقد نقل المزنى والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطى أنه يحكم بها فقال أبو العباس فيها قولان أحدهما أنه يحكم بذلك لانه قد ثبت بالبينة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك

والقول الثانى أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لانه ادعى ملك الدار فى الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى

وقال أبو إسحاق لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطي من تخريجه

فصل فى وإن ادعى (رجل) على رجل دارا فى يده وأقر بها لغيره نظرت فإن صدقه المقر له حكم له لانه مصدق فيما فى يده وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة إلى المقر له

فإن طلب المدعى يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء فى يده لغيره ثم أقر به لآخر وفيه قولان أحدهما يلزمه أن يغرم للثانى

والثانى لا يلزمه فإن قلنا يلزمه أن يغرم حلف لانه ربما خاف أن يحلف فيقر للثانى فيغرم له

وإن قلنا لا يلزمه لم يحلف لانه إن خاف من اليمين فأقر للثانى لم يلزمه شيء فلا فائدة فى تحليفه

وإن كذبه المقر له ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنه يأخذها الحاكم ويحفظها إلى أن يجد صاحبها لان الذى فى يده لا يدعيها والمقر له أسقط إقراره بالتكذيب وليس للمدعي بينة فلم يبق إلا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يسلم إلى المدعى لانه ليس ههنا من يدعيه غيره وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى

وإن أقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر إلى أن يقدم الغائب لان الذى فى يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بها فوجب التوقف

فإن طلب المدعى يمين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين

وإن كان للمدعى بينة قضى له

وهل يحتاج إلى أن يحلف مع البينة فيه وجهان أحدهما أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لانا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لانه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه وإن كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى وتسلم إليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه وإن كان معها يد لان بينة صاحب اليد إنما يقضى بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته

وحكى أبو إسحاق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه (قال إن) كان المقر للغائب يدعى أن الدار فى يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته

وإن كان يدعى أنها فى يده بإجارة سمعت بينته وقضى بها لانه يدعى لنفسه حقا فسمعت ببينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة

وهذا خطأ لانه إذا لم تسمع البينة فى إثبات الملك وهو الأصل فلان لا تسمع لاثبات الإجارة وهى فرع على الملك أولى

وإن أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه يقال له إقرارك لمجهول لا يصح فإما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ويحلف المدعى ويقضى له

والثانى أن يقال له إما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا

ولا يقبل دعواه لنفسه لانه بإقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد

فصل فى إذا ادعى جارية وشهدت (له) البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها فى ملك غيره ثم يملك الأمة دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له

وإن شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها فى ملكه فقد قال الشافعى رحمه الله حكمت بذلك وذكر فى الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسألة إلى هذه وجعلها على قولين

وقال سائر أصحابنا يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين

والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت فى الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وأنه حدث فى ملكه فلم يفتقر إلى إثبات الملك فى الحال

وإن ادعى غزلا أو طيرا أو آجرا وأقام البينة أن الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضى له لان الجميع عين ماله وإنما تغيرت صفته

فصل إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة قضى ببينة الابتياع لان بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل

." (١)

"فأقر المدعى عليه بنصفها لاحدهما شاركه الآخر لان دعواهما تقتضى اشتراكهما فى كل جزء منهما ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهما وكان الباقي بينهما

فإذا جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما والمقر به بينهما وإن ادعيا ولم يعزيا إلى سبب فأقر لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لا تقتضى الاشتراك فى كل جزء منه

فصل وإن ادعى رجلان دارا فى يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذى هى فى يده بجميعها لاحدهما نظرت فإن كان قد سمع من المقر له الإقرار للمدعى الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف إليه لانه أقر بذلك فإذا صار إليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين فى يده

وإن لم يسمع منه إقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لان من له الجميع فله النصف

ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لان له على النصف بينة أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة إليه مع المدعى الآخر فى النصف

وإن قال الذى فى يده الدار نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففهيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يترك النصف فى يده لانه أقر لمن لا يدعيه فبطل الإقرار وبقى على ملكه

---

(١) المهذب، ٣١٢/٢

والثانى أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لان الذى فى يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال

والثالث أنه يدفع إلى المدعى الآخر لانه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لانه حكم **بمجرد الدعوى**

فصل فى إذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فإن عرف أنه كان نصرانيا نظرت فإن كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الإسلام لان من شهد بالنصرانية شهد بالأصل والذى شهدت إحداهما بأنه مات وآخر كلامه الإسلام وشهدت الأخرى بأنه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصرانى لان الظاهر معه

والثانى أنهما يستعملان فإن قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث

وإن قلنا بالوقف وقف

وإن قلنا بالقسمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقسم كما يقسم فى غير الميراث

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه لا يقسم لانه إذا قسم بينهما تيقن الخطأ فى توريثهما وفى غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم

وإن لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فإن كان المال فى يد غيرهما فالقول قول من فى يده المال وإن كان فى يديهما كان بينهما

وإن قلنا إنهما يستعملان فإن قلنا يقرع أقرع بينهما وإن قلنا يوقف وقف إلى أن ينكشف وإن قلنا يقسم قسم

وقال أبو إسحاق لا يقسم لانه يتيقن الخطأ توريثهما

والمنصوص أنه يقسم وما قاله أبو إسحاق خطأ لانه يجوز أن يموت وهو نصرانى فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه فى المسائل كلها ويدفن فى مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه إن كان مسلما كما قلنا فى موتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار

فصل فى وإن مات رجل وخلف ابنين واتفق الإبنان أن أباهما مات مسلما وأن أحد الإبنين أسلم قبل موت الأب واختلفا فى الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت ابي فالميراث بيننا وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على إسلامه لان الأصل بقاؤه على الكفر

ولو اتفقا على إسلامهما واختلفا فى وقت موت الأب فقال أحدهما مات أبى قبل إسلامك فالميراث لى

وقال الآخر بل مات بعد إسلامى أيضا فالقول قول الثانى لان الأصل حياة الأب

وإن مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس يحتمل قولين أحدهما أن القول قول الأبوين لانه إذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره إلى أن يعلم الإسلام

والثانى أن الميراث يوقف إلى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لان الولد إنما يتبع الأبوين فى الكفر قبل البلوغ فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ويحتمل أنه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر إلى أن ينكشف

فصل فى وإن مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار فى يد رجل فادعى الحاضر أن أباه مات وأن الدار بينه وبين أخيه وأقام بينة من أهل

---

(١) ".

"لنا القياس على ما إذا انكر الخلع والكتابة ثم تصالحا على شئ وصورة الصلح على الانكار أن يدعي عليه دارا مثلا فينكر ثم يتصالحان على ثوب أو دين ولا يكون طلب الصلح منه اقرار لانه ربما يريد قطع الخصومة هذا إذا قال صالحني مطلقا وكذا لو قال صالحني عن دعواك الكاذبة أو قال صالحني عن دعواك بل الصلح عن الدعوى لا يصح مع الاقرار أيضا لان **مجرد الدعوى** لا يعتاض عنها ولو قال بعد الانكار صالحني عن الدار التى ادعيتها فوجهان (أحدهما) انه اقرار لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني (وأصحهما) انه ليس باقرار لان الصلح في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخصومة فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعى لاغير فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا

---

(١) المهذب، ٣١٥/٢

الالتماس صلحا على الانكار ولو قال بعنيها أو هبها منى فالمشهور انه اقرار ودونه صريح في التماس التمليك وعن الشيخ أبى حامد انه كقوله صالحني وفى معناه ما إذا كان التنازع في جارية فاق زوجنيها ولو قال اجرني أو أعرنى فاولى أن لا يكون اقرار ولو أبرأ المدعى المدعي عليه وهو منكروقلنا لا يفتقر الابراء إلى القبول صح الابراء بخلاف الصلح لانه مستقل بالابراء فلا حاجة فيه إلى تصديق الغير ولهذا لو أبرأه بعد التحليف صح ولو صالحه لم يصح * وان جرى الصلح على الانكار على بعض العين المدعاة وهو صلح الحطيطة في العين فوجهان (أحدهما) وبه قال القفال انه صحيح لان المتصالحين متوافقان على أن النصف مستحقللمدعى اما المدعى فانه يزعم استحقاق الكل وأما المدعى عليه فانه سلم والنصف له بحكم همته منه وتسليمه إليه فاذن الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق (والثانى) وبه قال الاكثرون انه باطل كما لو كان على غير المدعى قالوا ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة فالقول قول الدافع ألا ترى أنه لو دفع إليه دراهم وقال دفعتها عن الدين الذى به الرهن وانكر القابض أو دفع إلى زوجته دراهم وقال دفعتها عن الصداق وقالت بل هي هدية فالقول قول الدافع وإذا كان كذلك فالدافع يقول." [1]

"صلى الله عليه وسلم إلى الخلاص من الربا بذلك وان كان المقصود تحصيل الخبيب بالجمع وقد أطنب المالكية في فروع هاتين المسألتين والاولى التى صدرنا الكلام بها مترجمة عندهم ببيوع الآجال وتنقسم أقساما كثيرة جدا وفى بعضها ما هو صحيح عندهم والمسألة الثانية مسألة العينة والله تعالى أعلم * واعلم أن المسألة تارة تفرض في الصرف فلا يتصور دخول الاجل فيها وتارة تفرض في غير الصرف فتقع تارة بدون الاجل وتارة بالاجل وبوب الاصحاب لها باب الرجل يبيع الشئ بأجل ثم يشتريه بأقل من الثمن فهذه الترجمة أخص من شراء ما باع بأقل مما باع وكل ذلك عندنا جائز قال القاضى حسين في تعليقه سمعت القاضى أبا علي يقول المسألة عندنا أنه بيع ربح ما لم يضمن وقد صح النهعنه وانما أدعيناه لان حقيقة الربح الفاضل له بالعقد الثاني على ماملك عليه بالعقد الاول أو فضل ما بين المضمون عليه بالبيع والمضمون عليه بالشراء والانسان مرة يربح بأن يبيع بأكثر مما اشترى وأخرى بأن يشترى بأقل مما باع والربح لا يكاد يتحقق إلا بعقدين فتعود العين إليه مع خلوص الربح له وهذا **مجرد الدعوى** بل حقيقة الربح قصد ما يملك على ما يملك يدل عليه أنه لو باع الموروث أو الموهوب بأكثر من قيمته حسن أن يقال

(١) الشرح الكبير للرافعي، ٣٠٢/١٠

ربح عليه وان لم يكن مضمونا له في الشرائط هذا كلام القاضى حسين وأبو علي الذى حكى عنه القاضى هو من أصحاب ابى حنيفة رضى الله عنه فيما أظن *." (١)

"(والثانى) وهو قول أبى على الطبري: أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم لان عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن فإذا تقرر هذا للاصل فالوكيل إن كان متطوعا، فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله، وإن كان بأجرة ففى قبول قوله وجهان، فهذا ما يتعلق بالقسم الاول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل.وأما القسم الثاني: وهو مالا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل، فهو أن يدعى إذنا في تصرف لقول الوكيل: أمرتنى ببيع كذا، أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك، فالقول قول الموكل دون الوكيل، لانه في هذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها، لذلك مدعى الاذن لا يقبل قوله في ادعائه، وكذلك إذا اتفقا على الاذن، واختلفا في صفته كقول الوكيل أمرتنى بإعطاء زيد ألفا فقال: بل أمرتك بإعطائه ثوبا، وكقولهأمرتنى ببيع عبدك بألف، فقال: بل أمرتك بألفين، فالقول فيه قول الموكل، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينه يقيمها على ادعاءه، والبينة شاهدان عدلان لا غير، لانها بينة في إثبات الوكالة.وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله في قبول (قول) الوكيل فيه على موكله، فهو أن يوكل في عمل فيدعى الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه، وينكره الموكل، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوبة له والمطلقة والقابض والمقبض، ففيه قولان محكيان عن الشافعي، ووجهان ذكرهما ابن سريج، فأحد قولى الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه، والبينة عليه معتبرة في كونه مالا أو غير مال، وإنما كان القول قول الموكل لانها عقود فلم يلزم **بمجرد الدعوى**.والقول الثاني: أن القول في جميع ذلك قول الوكيل، لان الموكل أقامه مقام نفسه، بعد قوله عليه.فهذان قولا الشافعي المحكيان عنه.وأما وجها أبى العباس بن سريج فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول." (٢)

"وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه لا أعلم القدر، والمذهب الاول، لان ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى،

---

(١) المجموع، ١٥٦/١٠

(٢) المجموع، ١٦٢/١٤

ويخالف إذا ادعى عليه ألفا، فقال: لا أعرف القدر، لان هناك لم يجب عن الدعوى.وههنا أجاب عن استحقاق الشفعه، وإنما ادعى الجهل بالثمن (فصل) وإن قال المشترى: الثمن ألف.وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل، فهل له أن يحلف المشترى ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم، لان اليمين لا يجب بالشك (والثاني) له أن يحلفه لان المال لا يملك **بمجرد الدعوى**، وإن قال المشترى الثمن ألف، وقال الشفيع لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الالف، فالقول قول المشترى، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن، لانه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم (فصل) وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض (واختلفا) ؟ في قيمته، فالقول قول المشترى، لان الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى(فصل) وإن أقر المشترى أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشترى لم يلزم الشفيع أكثر من الالف، لان المشترى أقر بأنه يستحق الشفعه بألف فلا يقبل رجوعه في حقه فان كذبه المشترى فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشترى الالفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الالف، لانه كذب البينة بإقراره السابق (الشرح) قال الشافعي: وان اختلف فالثمن فالقول قول المشترى مع يمينه، وهذا كما قال: إذا اختلف الشفيع والمشترى في قدر الثمن فادعى المشترى أن الثمن ألف.وقال الشفيع خمسمائة ولا بينه لواحد منهما فالقول قول المشترى مع يمينه لامرين:." [١]

"قال في الكفاية وقضية اطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما إن قلنا بعدم تبعيته له في الكفر، لكن في المهذب انه يستحق تسلميه لمسلم، فإذا بلغ ووصف الكفر، فان قلنا بالتبعية قرر لكن هذا التقرير يهدده لعله يسلم ن وإلا ففى تقريره ما سبق من الخلاف.(فرع) إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضى الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين، فيثبت النسب بدعواها كالاب، ولانه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر، لانها تأتى به من زوج ووطئ بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، ولان في قصة داود وسليمان في المرأتين كان لهما بنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذى أخذه الذئب ابن الاخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للاخرى **بمجرد الدعوى** منهما فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها، لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته.فان قيل الرجل يمكنأن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها

---

(١) المجموع، ١٤/٣٤٨

لغيره، قلنا يمكن أن تلد من وطئ شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجودا قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر.فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبى وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا، ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة، بل الحاقه بها دون زوجها تطرق للعار إليه واليها.قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعى حقا لا منازع له فيه، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال، وهذا متحقق في دعوى المرأة.والوجه الثاني وهو رواية ثانيه عن أحمد رضى الله عنه نقلها الكوسج عنه في امرأة ادعت ولدا، ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا ببينه وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه، لانه إذا كان لها أهل وتسب معروف لم تخف ولادتها عليهم، يتضررون بالحاق النسب بها لما في من تعييرهم." (١)

"بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك **بمجرد الدعوى** من المنفرد.ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلم يزل **بمجرد الدعوى**، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول، لانها بينة في إلحاق النسب، ويزول بها الحكم الثابت **بمجرد الدعوى** كالشهادة.(فرع) إذا ادعاه إثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما في النفقة.وكان أحمد رضى الله عنه يقول: إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور.وقال أصحاب الرأى يلحق بهما **بمجرد الدعوى**.وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما، واحتج برواية عمر رضى الله عنه أن القافه قالت (قد اشتركا فيه، فقال عمر وال أيهما شئت) ولانه لا يتصور كونه من رجلين، فإذا الحقته القافلة بهما تبينا كذبهما فسقطقولهما كما لو الحقته بامين، ولان المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما، هذا وما لم نتناول من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف.والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابي فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية.لان السبب الذى أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبه من أسلم بنفسه وبقى على إسلامه، فان بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد، فان تاب وإلا قتل لانه محكوم باسلامه

---

(١) المجموع، ٣٠٣/١٥

قطعا فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد.ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) ما ذكرناه (والثانى) أنه يقر على الكفر لانه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه، فان بلغ ولم يصف الاسلام ولا الكفر فقتله قاتل المنصوص أنه لا قود على قاتله.." (١)

"لم يكن له قرابة من النسب فإنه يرث ويقعل، وهل الهيئات الفئوية لها صفة بيت المال كما عرف عند الفقهاء الوضعيين من وصفها بالشخصية الاعتبارية ؟ خصوصا في بلد لا توجد فيه حكومة إسلامية ؟نقول: إذا كان المسلمون قلة في بلد كفر أو كانوا كثرة تحكمهم حكومة نصرانية أو يهودية أو إلحادية فإن لهم أن ينتظموا متكافلين وتعقل عنهم فنقهم كما لو كان لهم بيت مال، كالمسلمين في تايلاند والفلبين وقبرص وفلسطين والحبشة أما أهل الديوان من غير العصبات فلا مدخل لهم في المعاقلة، به قال أحمد، وقال أبو حنيفة ومالك: إذا خرج الامام والناس وجعلهم فرقا تحت يد كل عريف فرقه، فإذا جنى فانتسب إلى قبيلة وأمكن صدقه وصادقوه على ذلك ثبت نسبه منهم وعقلوا عنه.فإن قال جماعة من الناس: سمعنا أنه ليس منهم وشهدوا بذلك لم ينتف نسبه منهم بذلك.وقال مالك ينتفى نسبه، وهذا غلط لانه نفى محض فلم يزل به نسب حكم بثبوته فإن جاء آخر من غيرهم وقال هو ابني وولد على فراشي وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وانتفى نسبه من الاولين، لان البينة أقوى من **مجرد الدعوى** (فرع) إذا لم يكن للجاني عصبة من النسب ولا من يحمل من جهة الولاء، وليس هناك بيت فهل يجب الدية في ماله ؟ فيه قولان بناء على أن الدية هل تجب على العاقلة ابتداء أو على الجاني ؟ ثم تحمل العاقلة عنه، وفيه قولان (أحدهما) أنها تجب الدية على العاقلة ابتداء، لانهم المطالبون بها، فعلى هذا لا تجب في مال الجاني (والثانى) أنها تجب على الجاني ابتداء ثم تتحملها العاقلة عنه لانه هوء المباشر للجناية، فعلى هذا يجب أداء الدية من ماله، فإذا قلنا بهذا وكان له أب وابن فهل يحملان ؟ فيه وجهان: قال أبو على الطبري: يحملان ويقدمان على الجاني، لانا انما نحمل عليهما ابقاء على الجاني، فإذا حمل الجاني كانا أولى بالحمل، وقال الشيخ الامام: يحتملعندي أنه لا يجب عليهما الخ العبارة." (٢)

"يدعيه غيره، وهذا خطأ لانه حكم **بمجرد الدعوى**، وان أقر بها لغائب ولا بينة وقف الامر إلى أن يقدم الغائب لان الذى في يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بها فوجب التوقف، فإن طلب المدعى يمين

(١) المجموع، ٣١٣/١٥
(٢) المجموع، ١٥٧/١٩

المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ما ذكرناه من القولين.وان كان للمدعى بينة قضى له، وهل يحتاج إلى أن يحلف مع البينة فيه وجهان:(أحدهما) أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لانا حكمنا بإقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب، ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين.(والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه لا يحتاج أن يحلف لانه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه، وان كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى وتسلم إليه، ولا يحكم ببينة المدعى عليه وان كان معها يد لان بينة صاحب اليد انما يقضى بها إذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته.وحكى أبو إسحاق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال: ان كان المقر للغائب يدعى أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته، وان كان يدعى أنها في يده بإجارة سمعت بينته وقضى بها، لانه يدعى لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة، وهذا خطأ لانه إذا لم تسمع البينة في اثبات الملك وهو الاصل، فلان لا تسمع لاثبات الاجارة وهى فرع على الملك أولى، وان أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان.(أحدهما) أنه يقال له اقرارك لمجهول لا يصح، فإما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ويحلف المدعى ويقضى له (والثانى) أن يقال له اما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لانه بإقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد (فصل) إذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها في ملك غيره ثم يملك الامة دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له.وان شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله." (١)

"جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما والمقر به بينهما، وان ادعيا ولم يعزيا إلى سبب فأقر لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لا تقتضي الاشتراك في كل جزء منه.(فصل) وان ادعى رجلان دارا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذى هي في يده بجميعها لاحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعى الاخر بنصفها لزمه تسليم النصف إليه لانه أقر بذلك، فإذا صار إليه لزمه حكم إقراره كرجل أقر لرجلين بعين ثم صارت العين في يده، وان لم يسمع منه اقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع، لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لان من له الجميع فله النصف، ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى، لان على النصف بينة، أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنقل

(١) المجموع، ١٩٢/٢٠

الخصومة إليه مع المدعى الاخر في النصف.وان قال الذى الذى في يده الدار نصفها لى والنصف الآخر لا أعلم لمن هو، ففيه ثلاثة أوجه.(أحدها) أنه يترك النصف في يده لانه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار وبقى على ملكه.(والثانى) أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لان الذى في يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال.(والثالث) أنه يدفع إلى المدعى الاخر لانه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لانه حكم **بمجرد الدعوى**.(فصل) إذا مات رجل وخلف إبنا مسلما وإبنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة، فان عرف أنه كان نصرانيا نظرت فان كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام، لانمن شهد بالنصرانية شهد بالاصل والذى شهد بالاسلام شهد بأمر حادث خفى على من شهد بالنصرانية، فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فان شهدت إحداهما بأنه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الاخرى بأنه مات." [1]

"ولو كان النزاع في نصف الزرع ثم أقر المدعى عليه وتصالحا عنه على الشيء لم يجز

وإن شرطا القطع كما لو باع نصف الزرع مشاعا لا يصح سواء شرط أم لا

النوع الثاني الصلح عن الإنكار فينظر إن جرى على غير المدعى فهو باطل

وصورة الصلح على الإنكار أن يدعي عليه دارا مثلا فينكر ثم يتصالحا على ثوب أو دين ولا يكون طلب الصلح منه إقرارا لأنه ربما يريد قطع الخصومة هذا إذا قال صالحني مطلقا أو صالحني عن دعواك

بل الصلح عن الدعوى لا يصح مع الإقرار أيضا لأن **مجرد الدعوى** لا يعتاض عنه

ولو قال بعد الإنكار صالحني عن الدار التي ادعيتها فهل يكون إقرارا كما لو قال ملكني أم لا لاحتمال قطع الخصومة وجهان

أصحهما الثاني

فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الإلتماس صلح إنكار

ولو قال بعنيها أو هبها لي فالصحيح أنه إقرار

لأنه صريح في التماس التمليك

وقال الشيخ أبو حامد هو كقوله صالحني

ومثله لو كان النزاع في جارية فقال زوجنيها

---

(١) المجموع، ١٩٨/٢٠

ولو قال أعرني أو أجرني فأولى بأن لا يكون إقرارا

ولو كان النزاع في دين فقال أبرئني فهو إقرار

ولو أبرأ المدعي المدعى عليه وهو منكر وقلنا لا يفتقر الإبراء إلى القبول صح لأنه مستقل به فلا حاجة إلى تصديق الغريم بخلاف الصلح

ولهذا لو أبرأه من بعد التحليف لو صح ولو تصالحا بعد التحليف لم يصح

فرع لو جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة وهو صلح في العين فوجهان

قال القفال يصح لأنهما متفقان على أن المدعي يستحق النصف

". (١)

"وتبعه في الكفر وارتفع ما كنا نظنه

وإن اقتصر على **مجرد الدعوى** فالمذهب أنه مسلم وهو المنصوص وبه قطع أبو إسحاق وغيره وصححه الأكثرون

وقيل قولان

ثانيهما يحكم بكفره لأنه يلحقه بالاستحقاق

فاذا ثبت نسبه تبعه في الدين كما لو أقام البينة

وحجة المذهب أنا حكمناه باسلامه فلا نغيره بمجرد دعوى كافر

وأيضا فيجوز أن يكون ولده من مسلمة وحينئذ لا يتبع الدين النسب

وعلى الطريقين يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الاسلام

ثم إذا بلغ ووصف الكفر فإن قلنا يتبعه فيه قرر لكنه يهدد ولعله يسلم وإلا ففي تقريره ما سبق من الخلاف

فرع سبق أن اللقيط المسلم ينفق عليه من بيت المال إذا لم مال

فأما المحكوم بكفره فوجهان

أصحهما كذلك إذ لا وجه لتضييعه

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٤/١٩٨

الحكم الثاني جناية اللقيط والجناية عليه

أما جنايته فإن كانت خطأ فموجبها في بيت المال ولا نخرج ذلك على الخلاف في التوقف كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال

وإن كانت عمدا نظر إن كان بالغا فعليه القصاص بشرطه

وإن جنى قبل البلوغ فإن قلنا عمد الصبي عمد وجبت الدية مغلظة في ماله

فإن لم يكن له مال ففي ذمته إلى أن يجد

وإن قلنا خطأ وجبت مخففة في بيت المال

ولو أتلف مالا فالضمان عليه فإن كان اللقيط محكوما بكفره فالتركة فيىء ولا تكون جنايته في بيت المال

وأما الجناية عليه فإن كانت خطأ نظر إن كانت على نفسه أخذت الدية ووضعت في بيت المال

وقياس من قال بالتوقف في أحكامه أن لا يوجب الدية الكاملة ولم أره

." (١)

"المحرم يسكنها موضعا يليق بها ويلاحظها دفعا للعار عن النسب كما يمنعونها نكاح غير الكفء وأثبت البغوي للأم ضمها إليها عند الريبة كما أثبتها للعصبة ولو فرضت التهمة في حق البكر فهي أولى بالإحتياط فتمنع من الإنفراد بلا خلاف ونقل في العدة عن الأصحاب أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة وانقدحت تهمة منع من مفارقة الأبوين

قلت الجد كالأبوين في حق الأمرد وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى

والله أعلم

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ٥/٤٣٥

فرع إذا ادعى الولي ريبة وأنكرت فقد ذكر احتمالان أحدهما لا يقبل قوله لأن الحكم على الحرة العاقلة **بمجرد الدعوى** بعيد وأصحهما يقبل ويحتاط بلا بينة لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة

فصل إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من له أصلا وهو الصغير في أول أمره والمجنون فأما إذا صار الصغير مميزا فيخير بين الأبوين إذا افترقا ويكون عند من اختار منهما وسواء في التخيير الإبن والبنت وسن التمييز غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا قال الأصحاب وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان ومدار الحكم على نفس التمييز لا على سنه وإنما يخير بين الأبوين إذا اجتمع فيهما شروط الحضانة بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين عدلين مقيمين في وطن واحد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى

". (١)

"

الثاني إذا ظهر لوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عمدا فهل يتمكن الولي من القسامة على أصل القتل وجهان أصحهما لا قال البغوي لو ادعى على رجل أنه قتل أباه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له شاهد لم يكن ذلك لوثا لأنه لا يمكنه أن يحلف مع شاهده ولو حلف لا يمكن الحكم به لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفي موجبه

واعلم أن هذا المذكور يدل على أن القسامة على قتل موصوف يستدعي ظهور اللوث في قتل موصوف وقد يفهم من إطلاق الأصحاب أنه إذا ظهر اللوث في أصل القتل كفى ذلك في تمكن الولي من القسامة على القتل الموصوف وليس هذا ببعيد ألا ترى أنه لو ثبت اللوث في حق جماعة وادعى الولي على بعضهم جاز ويمكن من القسامة فكما لا يعتبر ظهور اللوث فيما يرجع إلى الانفراد والاشتراك لا يعتبر في صفة العمد والخطأ

الثالث أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه بأن قال لم أكن مع القوم المتفرقين عن القتيل أو قال لست أنا الذي رئي معه السكين المتلطخ على رأسه أو لست أنا المرئي من بعيد فعلى المدعي البينة على

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ٩/١٠٣

الأمارة التي ادعاها فإن لم يكن بينة حلف المدعى عليه على نفيها وسقط اللوث وبقي **مجرد الدعوى** ولو قال كنت غائبا يوم القتل أو ادعى على جمع فقال أحدهم كنت غائبا صدق بيمينه لأن الأصل براءته وعلى المدعي البينة على حضوره يومئذ أو إقراره بالحضور فإن أقام بينة بحضوره وأقام المدعى عليه بينة بغيبته ففي الوسيط أنهما تتساقطان وفي التهذيب تقدم بينة الغيبة لأن معها زيادة علم هذا إذا اتفقا أنه كان حاضرا من قبل

". (١)

"وقبيلتهما ليسهل التمييز وإن كان مشهورا ظاهر الصيت وحصل الإعلام ببعض ما ذكرنا اكتفي به

وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه وأحضر الحامل عنده من زعم محكوما عليه نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه لأن القاضي الكاتب حكم عليه طولب بالحق وإن لم يشهدوا على عينه لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه فإن لم تكن بينة ونكل المحضر حلف المدعي وتوجه له الحكم

ولو قال لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا كما لو ادعى عليه قرض فأنكر وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء فإنه يقبل واختارا أنه لا يقبل وفرقا بأن **مجرد الدعوى** ليس بحجة وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه فقال نعم لكن لست المحكوم عليه فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة لزمه الحكم لأن الظاهر أنه المحكوم عليه وإن وجد بأن عرفه القاضي أو قامت عليه بينة وأحضر المشارك فإن اعترف بالحق طولب به وخلص الأول وإن أنكر بعث الحاكم إلى الكاتب بما وقع من الإشكال ليحضر الشاهدين ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه فإن ذكرا مزيدا كتب إليه ثانيا وإلا وقف الأمر حتى تنكشف

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، ١٣/١٠

ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات فإن مات بعد الحكم فقد وقع الإشكال وإن مات قبله فإن لم يعاصره المحكوم

---

(١) ".

" إلى صورة الرهن وصفته ، ولأن نكول المرتهن بعد الراهن يوجب الحكم بقول الراهن في إسقاط الخيار ، كذلك نكول الراهن بعد المرتهن يوجب الحكم بقول المرتهن في إثبات الخيار فعلى هذا يكون الحكم فيه على ما مضى لو حلف . والوجه الثاني : لا يحكم للمرتهن بقوله : لأن فيه استئناف حكم **بمجرد الدعوى** ولا يجوز أن يستأنف حكم **بمجرد الدعوى** وليس كذلك نكول المرتهن بعد الراهن ، لأن فيه استدامة حكم في إسقاط الخيار وليس فيه استئناف حكم في إثبات الخيار . فصل : وإذا صار العصير خمرا في يد المرتهن فلم يرقه حتى صار خلا في يد المرتهن ثم اختلفا فقال الراهن : صارت خلا بنفسها ، وقال المرتهن : صارت خلا بالتخليل ، فقد بطل الرهن بدعوى المرتهن : لأنه يقر أنه قد خرج من الرهن خروجا لا يجوز عوده إليه فكان قوله مقبولا فيصير القول قول الراهن أنها استحالت خلا بنفسها وله بيعها والتفرد بثمنها . ولو قال المرتهن : استحالت خلا بنفسها ، وقال الراهن : صارت خلا بالتخليل ، ففيها وجهان : أحدهما : أن القول قول المرتهن أنها استحالت بنفسها وتكون رهنا . والوجه الثاني : أن القول قول الراهن أنها صارت خلا بالتخليل ويبطل الرهن وتحرم على الراهن . وهذان القولان مخرجان من اختلاف قوليه في إقرار الراهن بجناية العبد المرهون وإنكار المرتهن . مسألة لا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير لأن هذا ليس بتفرقة مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير لأن هذا ليس بتفرقة " . قال الماوردي : قد مضى في كتاب البيوع أن الجارية إذا كانت ذات ولد لا يجوز أن تباع دون ولدها ولا يباع ولدها دونها ، فأما في الرهن فيجوز أن ترهن الجارية دون ولدها والولد دونها لأمرين : أحدهما : أن الرهن لا ينقل الملك ولا يمنع من حضانة الولد وإرضاعه هل يمنع الرهن وليس كذلك البيع فلذلك جاز أن ترهن دون ولدها ولم يجز أن تباع دون ولدها . والثاني : أن عقد الرهن عليها

---

(١) روضة الطالبين– المكتب الإسلامي، ١١/١٨٢

يجري مجرى إجارتها بل هو أقرب لأن عقد الإجارة يوجب حبس الرقبة وملك المنافع وعقد الرهن يوجب حبس الرقبة ولا يوجب ملك المنافع فلما جازت إجارتها دون ولدها جاز رهنها دون ولدها . ." (١)

"والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام ؛ لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام ، ويحرم على المدعي باقي حقه وذلك حلال . ولأنه صلح على **مجرد الدعوى** فوجب أن يكون باطلا كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار . ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له فوجب أن لا يملك عوضه ، أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال ، ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه . ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة ، فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع . ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف فأولى أن لا يجوز على مجهول العين . ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال : [الأول] : إما أن يكون مبذولا لكف الأذى . [الثاني] : أو يكون مبذولا لقطع الدعوى . [الثالث] : أو يكون مبذولا للإعفاء من اليمين . [الرابع] : أو يكون مبذولا للمعاوضة . فلم يجز أن يكون مبذولا لدفع الأذى لأنه من أكل المال بالباطل . ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا ، وهو إذا كان الحق ألفا لم يجز أن يصالحه على أكثر منها . ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ، ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق . ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين ، فثبت أنه مبذول للمعاوضة . والمعاوضة تصح مع الإقرار ، وتبطل مع الإنكار ، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه . فأما الجواب عن استدلالهم بالآية فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل . وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام كل مال وقى المرء به عرضه فهو صدقة فهو أن يكون المقصود به البر لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال : [الأول] : إما أن يقصد به القربة وهو الصدقة . [الثاني] : أو الصلة وهو الهبة . ." (٢)

"والثاني : من لا يقبل قوله وإن كان أمينا في رد ما بيده وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله في رد الرهن على راهنه لأنه ليس بنائب عنه فلم يقبل قوله عليه . والثالث : من اختلف أصحابنا في قبول قوله على مؤتمنه وهو من كان نائبا عن المالك لكن لنفع يعود عليه في نيابته كالعامل في القراض والأجير المشترك ففي قبول قولهم وجهان : أحدهما : أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/١١٨

(٢) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٣٧٠

وهو أظهر الوجهين وهو قول الجمهور . والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري : أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم ؛ لأن عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن . فإذا تقرر هذا للأصل فالوكيل إن كان متطوعا فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان . فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل . فصل : وأما القسم الثاني وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو أن يدعي عليه إذنا في تصرف كقول الوكيل : أمرتني ببيع كذا ، أو بإعطاء زيد كذا ، فينكر الموكل ذلك ، فالقول قول الموكل دون الوكيل : لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعي عقد الوكالة ، ومدعي الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها فكذلك مدعي الإذن لا يقبل قوله في ادعائه . وكذلك إذا اتفقا على الإذن واختلفا في صفته ، كقول الوكيل أمرتني بإعطاء زيد ألفا ، فقال : بل أمرتك بإعطائه ثوبا ، وكقوله أمرتني ببيع عبدك بألف ، فقال : لا بل أمرتك بألفين ، فالقول فيه قول الموكل فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينة يقيمها على ادعائه ، والبينة شاهدان عدلان لا غير ؛ لأنها بينة في إثبات وكالة . فصل : وأما القسم الثالث : وهو ما اختلف قوله في قبول قول الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل في عمله فيدعي الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه وينكره الموكل ، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوب له والمطلقة والقابض والمعتق ففيه قولان محكيان عن الشافعي ووجهان ذكرهما ابن سريج . فأحد قولي الشافعي أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه ، والبينة عليه معتبرة بالمشهود فيه من كونه مالا أو غير مال وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم تلزم **بمجرد الدعوى** . ". [1]

" كبيرا ، فإن كان صغيرا ألحق **بمجرد الدعوى** ، ولا يعتبر في لحوقه تصديق الولد ؛ لأنه لا حكم للصغير في نفسه فإن بلغ فأنكر لم يؤثر إنكاره في نفي النسب لما تقدم من الحكم بثبوته . وإن كان الولد كبيرا لم يثبت نسبه ، ولم يلحق بالمدعي إلا بإقراره ؛ لأن للكبير حكما في نفسه ، فإن أقر له بالبنوة لحق به وتعلقت به أحكام الأبناء سواء كان الأولاد أنكروا ، أو لا ، وإن أنكروا فعليه اليمين . فإن ادعى الأب ولدا بعد موته أي بعد موت الولد فإن كان الولد الميت صغيرا لحق به وورثه ؛ لأنه لو كان حيا لصار بدعواه لاحقا به فكذلك بعد موته ، وقال أبو حنيفة : إن كان الولد موسرا لم يلحق به ؛ لأنه متهم بادعائه لإرثه .

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٦/٥٢١

وهذا خطأ ؛ لأن الإقرار بالأنساب لا تؤثر فيها التهمة في الأموال ألا ترى لو أقر وهو زمن فقير بابن صغير موسر لحق به ، ولا تكون التهمة في وجوب نفقته في مال الابن مانعة من صحة إقراره كذلك في ميراث الميت . فأما إن كان الولد الذي ادعاه بعد موته كبيرا لم يلحق به ؛ لأنه لو كان حيا لم يلحق به **لمجرد الدعوى** حتى يقر به فكذا بعد الموت . فهذا أحد ضربي الأنساب التي لا يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها . فصل : وأما الضرب الثاني من الأنساب وهي التي يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها كالأخوة يصل الأب بين أنسابهم وكالجد الذي يصل الأب بينه وبين ابن الابن . فإن كان الوسيط الواصل بين أنسابهم باقيا فلا اعتبار بإقرار من سواه وإن كان ميتا اعتبر إقرار جميع ورثته في ثبوت نسب المدعي من عصبته ، أو ذي فرض رحم ، وهل يعتبر فيه إقرار الزوج ، والزوجة أم لا ؟ على وجهين : أحدهما : وهو مذهب البغداديين يعتبر إقرارهما في لحوقه لاستحقاقهما الإرث كالمناسبين . والوجه الثاني : وهو مذهب البصريين لا يعتبر إقرارهما في لحوقه ؛ لأنه لاحق لهما في النسب فلم يعتبروا إقرارهما بالنسب . وعلى هذين الوجهين هل يراعى فيمن ادعى أنه أخ لأم تصديق الأخ للأب إذا كان وارثا ؟ وفيمن ادعى أنه أخ لأب هل يراعى تصديق الأخ للأم إذا كان وارثا ؟ فعلى مذهب البغداديين يراعى تصديقه في ثبوت النسب لكونه وارثا ، وعلى مذهب البصريين لا يراعى تصديقه ؛ لأنه لا نسب بينهما . ." [1]

" الباقي من العمل فيها رجلا آخر بسهم مشاع في الثمرة يدفعه إليه من حصة العامل عند حصول الثمرة ، وتناهيها ، ويعزل الباقي من حصته – إن بقي – محفوظا له إن عاد ، ويأخذ رب المال حصته منه . والوجه الثاني : وهو الأصح عندي : أن يقال لرب النخل : قد تعذر استيفاء ما بقي من العمل على العامل ، وهذا عيب يوجب الخيار في المقام على المساقاة ، أو الفسخ ، فإن أقام عليها صار متطوعا بالباقي من العمل وللعامل حصته من الثمرة ، وإن فسخ صار العقد منفسخا في الباقي من العمل . ثم الصحيح من مذهب الشافعي لزومه في الماضي من العمل ، وتكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على العملين الماضي منه ، والباقي ، ويستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله ، ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموما إلى حصته . فصل : فأما إن كان رب النخل عند هرب العامل لم يأت الحاكم ، واستأجر من ماله من عمل باقي العمل فإن فعل ذلك مع القدرة على الحاكم كان متطوعا بما أنفق ، والعامل على حقه في الثمرة ، وإن فعل ذلك لتعذر الحاكم نظر ، فإن لم ينو الرجوع بما أنفق ، أو

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٩٧/٧

نوى الرجوع ، ولم يشهد فهو متطوع بالنفقة لا يرجع بها ، والعامل على حقه من الثمرة ، وإن نوى الرجوع وأشهد أي رب النخل عند هرب العامل ففيه وجهان : أحدهما : يرجع بها للضرورة وإن ما فعله هو غاية ما في وسعه . والثاني : لا يرجع بها ؛ لأنه يصير حاكما لنفسه على غيره ، وهذا لا يجوز في ضرورة ، ولا غيرها ، والله أعلم . مسألة : قال المزني رحمه الله تعالى : " إن علم منه سرقة في النخل وفسادا العامل في المساقاة منع من ذلك وتكوري عليه من يقوم مقامه " . قال الماوردي : اعلم أن على العامل في الثمرة حقين (المساقاة) : أحدهما : حفظها ، والثاني : أداء الأمانة فيها ، فإن ظهر منه تقصير في الحفظ أخذ به واستؤجر عليه من يحفظها من ماله ، وإن ظهرت منه خيانة في الثمرة وسرقة لها بإقرار منه ، أو بينة قامت عليه ، أو بيمين المدعي عند نكوله منع من الثمرة ورفعت يده عنها (قال المزني هاهنا) : ويكارى عليه من ماله من يعمل في الثمرة ، وقال في موضع آخر استأجر عليه الحاكم أمينا يضمه إليه ليقوم بحفظ الثمرة ، وليس ذلك على اختلاف قول منه في الحكم ، وإنما هو مردود إلى اجتهاد الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين ، وكلاهما جائز . فأما إن ادعى رب النخل الخيانة ، والسرقة ، والعامل منكر لهما ، ولا بينة تقوم بها فالقول فيها قول العامل مع يمينه ، وهو على تصرفه في الثمرة لا ترفع يده عنها **بمجرد الدعوى** ، فإن ." [1]

" آخر أريته القافة ، فإن ألحقوه بالآخر أريتهم الأول ، فإن قالوا إنه ابنهما لم ننسبه إلى أحدهما حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهما ، وإن لم يلحق بالآخر فهو ابن الأول " . قال الماوردي : وصورة هذه المسألة في رجل وجد لقيطا فادعاه ولدا فدعواه مسموعة وقوله مقبول ، ويحكم له ببنوته ، سواء ادعاه مع التقاطه أو بعده : لأنه لا منازع له ليمنع منه ، وينبغي أن يسأله الحاكم استظهارا من أين صار ولدك أمن أمة أو زوجة في نكاح أو شبهة ، فإن أغفل كل ذلك جاز : لأن قوله فيه مقبول ، فإن جاء آخر بعد إلحاقه بالواجد فادعاه ولدا لم يقبل قوله **بمجرد الدعوى** : لأن الأول بادعائه له قد صار دافعا لدعواه ولا يمنع منها لاحتمالها ، وأن إلحاقه بالأول إنما كان تغليبا لصدقه عند عدم المنازع ، وإذا كان كذلك وجب أن يرى الثاني مع الولد القافة : لأن فيها بيانا عند التنازع في الأنساب ، فإن نفوه عن الثاني استقر لحوقه بالأول استصحابا لسابق الحكم ، وإن ألحقوه بالثاني عرض عليهم الولد مع الأول ، فإن نفوه عن الأول لحق بالثاني وانتفى عن الأول : لأن القافة حجة في إثبات الأنساب وكالبينة ، فكانت أولى من إلحاقه

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٨٢/٧

بدعوى الأول ، فإن أقام الأول بعد إلحاق القافة له بالثاني بينة على الفراش بأربع نسوة عدول يشهدن أنه ولد على فراشه لحق بالأول ببينته وكان أولى من إلحاق القافة له بالثاني بشبهه : لأن حكم الشبه يسقط مع ثبوت الفراش ، ألا ترى لو أن ولدا على فراش رجل فادعاه آخر وألحقته القافة به لم يلحق وكان ولد صاحب الفراش : لتقديم الفراش على حكم الشبه . فصل : وإن قالت القافة حين رأوه مع الثاني : يشبهه كشبهه بالأول . لم يلحق بهما ولا بواحد منهما : لعدم البيان في القافة ، ووجب أن يوقف أمره حتى يبلغ الولد إلى زمان الانتساب فينسب إلى أحدهما ، وفي زمان انتسابه قولان : أحدهما : البلوغ : لأنه لا حكم لقوله قبله . والقول الثاني : إلى أن يميز باستكماله السبع أو الثمان ، وهي الحال التي يخير فيها بين أبويه عند تنازعهما في الحضانة ، فإن قيل : فهلا إذا عدم البيان في القافة أقر على بنوة الأول بما تقدم إلحاقه به إذا لم يقابل بما يوجب لحوقه بغيره ، كالمالك إذا نوزع صاحب اليد فيه ، ثم تعارضت البينتان فأسقطنا حكم تملكه لصاحب اليد ، قيل : الفرق بينهما من وجهين : أحدهما : أن اليد تدل على الملك ، فجاز عند تعارض البينتين أن يحكم بها ، ولا تدل على النسب ، فلم يجز أن يحكم بها ، وإنما حكمنا بما سبق من الدعوى دون اليد ، وهذا فرق أبي علي بن أبي هريرة وفيه دخل : لأنه يمكن أن يقال : فهلا إذا كانت الدعوى في النسب كاليد في الملك وجب أن يحكم بها عند سقوط الحجج بالتعارض كاليد ؟ والفرق الثاني أن الأموال ليس لها بعد تعارض البينات بيان ينتظر فجاز أن يحكم باليد بالضرورة عند فوات البيان ، وليس كذلك حال النسب : لأن انتساب الولد عند بلوغه حال منتظرة يقع البيان بها فلم يحكم بما تقدم من الدعوى لعدم الضرورة ، وهذا فرق أبي الحسين بن القطان ، ويدخل عليه فوت البيان بموت الولد . ." (١)

"أحدهما : أن يلحق به بعدما صار مسلما وصلى وصام والتزم شرائع الإسلام ، فهذا يجرى عليه حكم الإسلام وإن لحق نسبه بذمي : لأن فعله للإسلام أقوى من اتباعه لغيره في الكفر ، فهل يصير بوصف الإسلام قبل البلوغ مسلما حتى لو رجع عنه بعد البلوغ صار مرتدا أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجوه الثلاثة . أحدها : أنه لا يصير بذلك مسلما ، وسواء ألحق بالذمي **بمجرد الدعوى** أو ببينة شهدت له بأنه ولد على فراشه . والضرب الثاني : أن يلحق به في صغره وطفولته وقبل صلاته وصيامه ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يلحق به ببينة تشهد بأنه ولد على فراشه ، فهذا تجري عليه أحكام الكفر تبعا لأبيه : لأن قيام

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٨/٥٣

البينة العادلة لولادته على فراشه تأصل عن حكم الأصل في ظاهر الدار . والضرب الثاني : أن يلحق به **بمجرد الدعوى** من غير بينة ففيه قولان : أحدهما : ينقل من حكم الإسلام إلى حكم الكفر : لأنه صار لاحقا بكافر فصار الظاهر غير ذلك الظاهر . والقول الثاني وهو اختيار المزني : أنه يكون باقيا على حكم الإسلام ولا ينقل عنه للحوقه بكافر : لأن حكم الدار أقوى من دعوى محتملة ، فعلى هذا إن خيف عليه من افتتانه بدين أبيه حيل بينه وبين أبيه وأخذ بنفقته حتى يبلغ ، فإن بلغ ووصف الإسلام تحقق حكمه فيه ، وإن وصف الكفر ومال إلى دين أبيه أرهب وخوف رجاء عوده ، فإن أبى إلا المقام على الكفر فبعدا له ولا يصير بذلك مرتدا ، ويقر على ما اختاره لنفسه من الكفر : لأن فعله أقوى حكما من غالب الدار ، والله أعلم . فصل : فعلى هذا لو كان أبوه يهوديا فقال وقد بلغ : لست يهوديا ولا مسلما ، وإنما على غير اليهودية من الملل : كالنصرانية والمجوسية ، ففيه وجهان : أحدهما : يقبل منه ويقر عليه : لأن الكفر كله ملة واحدة . والوجه الثاني : لا يقبل منه ما أراد الانتقال إليه من الكفر ولا يعاد إلى دين أبيه لإقراره بأنه ليس إلا على الإسلام ، فإن أباه صار مرتدا . فصل : وإذا لحق اللقيط بمدعيه عند عدم منازع من مسلم أو كافر فبلغ وأنكر نسبه وادعى نسبا غيره لم يقبل منه إلا ببينة تثبت بولادته على فراش غيره : لأن لحوق نسبه لم يراع فيه قبول الوالد فيؤثر فيه إنكاره ، وإنما يراعى ذلك منه في ادعاء نسبه بعد البلوغ ، فلذلك أثر فيه إنكاره بعد البلوغ . فصل : فإذا ادعى العبد لقيطا ولدا ، فإن صدقه سيده في ادعائه لحق به ، وإن كذبه فيه ، ففي قبول دعواه وإلحاق نسبه به وجهان : أحدهما : لا يقبل كما لا يقبل إقراره بأب لما فيه من إزاحته عن الميراث بالولاء لمن أعتقه . ." (١)

"والوجه الثاني : يقبل منه لأنه قد أدخله تحت ولايته ، بخلاف الأب ، وإذا لحق اللقيط بالعبد لم يصر بذلك عبدا : لأنه في الرق تبعا لأمه دون أبيه ، ولا يسمع قول العبد أنه من أمه : لأنه لا حق له في رقه ، وإنما يسمع ذلك من سيد أمه تدعيه ولدا لها ليصير له بهذه الدعوى عبدا ، فإن حضر من ادعى عليه هذه الدعوى كان على ما سنذكره في ادعاء رقه ، فلو كان العبد قد أعتق فادعى بعد عتقه ولدا ، فإن أمكنه أن يكون مولودا بعد عتقه لحق به صدق السيد أو كذب ، وإن لم تكن ولادته بعد عتقه ، ففي لحوقه به مع تكذيب السيد وجهان مضيا . مسألة لا دعوة للمرأة إلا ببينة مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " ولا دعوة للمرأة إلا ببينة " . قال الماوردي : واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٨/٥٦

ثلاثة أوجه ، وخلافهم فيها قديم حكاه أبو إسحاق المروزي وغيره . فأحد الوجوه الثلاثة أنه لا يقبل من١٥ ادعاء اللقيط ولدا لنفسها إلا ببينة تشهد لها بولادته ، سواء كانت ذات زوج أو لم تكن ، بخلاف الرجل والذي يقبل منه دعوى نسبه وإن لم تكن له ببينة ، والفرق بين الرجل والمرأة أن لحوق الولد بالمرأة يمكن أن يعلم يقينا بمشاهدتها عند ولادته ، فكانت دعواها أضعف لقدرتها على ما هو أقوى ، والرجل يلحق به الولد بغلبة الظن دون اليقين ، فجاز لضعف أسبابه أن يصير ولدا لها **بمجرد الدعوى** . والوجه الثاني : أنها إن كانت ذات زوج لم يصر ولدا لها **بمجرد الدعوى** حتى تقيم بينة بولادته ، وإن كانت غير ذات زوج قبل منها وألحق بها : لأنها إذا كانت ذات زوج أوجب لحوقه بها أن يصير لاحقا بزوجها : لأنها له فراش ، فلم يثبت ذلك إلا ببينة يثبت بها الفراش ، وإذا لم تكن ذات زوج فلحوقه بها لا يتعداها إلى غيرها كالرجل . والوجه الثالث : أن مراد الشافعي بذلك أنه لا دعوة لها في إلحاقه بزوجها ولا في ادعائه لنفسها إلا ببينة تقيمها على ولادتها له ردا على طائفة زعمت أن المرأة إذا ادعت ولادة ولد على فراش الزوج كان قولها فيه مقبولا وصار بالزوج لاحقا ، فأما إذا أرادت أن تدعوه لنفسها ولدا فإنه يلحق بها **بمجرد الدعوى** كالرجل . فصل : فإذا لحق بها على ما ذكرنا من هذه الوجوه الثلاثة لم يلحق بزوجها إلا أن يصدقها على ولادته فيصير حينئذ لاحقا به بتصديقه المرأة اذا ادعت لقيطا ولدا ، أو ببينة تقيمها على ولادته . فصل : فلو قالت المرأة وقد ألحق بها الولد وأنكرها الزوج أن تكون ولدته على فراشه : أنا أريه القافة معك ليلحقوه بك ، لم يجز : لأن الولادة لا تثبت بالقافة لإمكان البينة . مسألة : قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : " فإن أقامت امرأتان كل واحدة منهما بينة أنه ابنها ، لم أجعله ابن واحد منهما حتى أريه القافة ، فإن ألحقوه بواحد ، لحق بزوجها ، ولا ينفيه إلا باللعان . قال المزني – رحمه الله – : مخرج قول الشافعي في هذا أن الولد للفراش وهو الزوج ، ." (١)

" مالهم كما يكون ميراثه لو مات لهم لما يجمعهم من ولاية الدين ، كما يعقل عنه مواليه لما يجمعهم من ولاية الولاء . مسألة من انتسب إلى نسب فهو منه إلا أن تثبت بينة بخلاف ذلك مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : ومن انتسب إلى نسب فهو منه إلا أن تثبت بينة بخلاف ذلك ولا يدفع نسب بالسماع . قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي حامد الإسفراييني وطائفة أنها محمولة على دعوى النسب الخاص وهو الواحد يدعي أبا فيقول : أنا ابن

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٥٧/٨

فلان ، فإن اعترف له بالأبوة ثبت نسبه ، أو يدعي الواحد ابنا فيقول : هذا ابني ، فإن اعترف له بالبنوة ثبت نسبه وصار جميع من ناسبهما عواقل لكل واحد منهما ، فإذا ادعاه رجل أقر أنه ولده لم يقبل دعواه بعد لحوقه بالأول إلا ببينة تشهد له أنه ولد على فراشه فيلحق به ، لأن لحوق البينة بالفراش أقوى من لحوقه **بمجرد الدعوى** ، ولو شهدت البينة له بأنه ابنه ولم يشهد له بالفراش لم يحكم له بنسبه وكان لاحقا بالأول ، سواء صدقه الولد أو لم يصدقه : لأن لحوقه بالأول يمنع من نفيه عنه إلا بما هو أقوى منه وليس في هذه البينة زيادة قوة إلا أن تشهد بالفراش وإلا فشهادتها منسوبة إلى السماع ، وقد قال الشافعي : " لا يدفع نسب بالسماع " فهذا حكم تأويلها على الوجه الأولى . والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا أنها محمولة على دعوى النسب العام : وهو أن يدعي الرجل أنه من قريش وقريش تسمع دعواه ولا تنكره ، أو يدعي أنه من بني هاشم وبنو هاشم يسمعون ولا ينكرونه فيحكم بنسبه فيهم بإقرارهم على دعوى نسبهم وبمثل هذا تثبت أكثر الأنساب العامة ، فإن تجرد من أنكر نسبه ونفاه عنهم ، وقال : لست منهم لم يقبل نفيه له ، ولو شهد أنه ليس منهم : لأن الشهادة على مجرد النفي لا تصح . وقال مالك : إذا شاع هذا القول وذاع حكمت به ونفيته عنهم ، وهذا خطأ : لأن انتشار القول محكوم به في ثبوت الأنساب غير محكوم به في نفيها ، لأن القول المنتشر في الأنساب كالبينة ، والبينة تسمع من النسب ولا تسمع على مجرد النفي فكذلك شائع الخبر ، ويكون على لحوقه بهم حتى تشهد بينته على أنه من غيرهم ولد على فراش أحدهم ، ولا تقبل شهادتهم بالسماع أنه من غيرهم بعد لحوقه بهم ، وهو معنى قول الشافعي : ولا يدفع نسب بالسماع . والله أعلم . مسألة إذا حكمنا على أهل العقد ألزمنا عواقلهم الذين تجري أحكامنا عليهم مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا حكمنا على أهل العقد ألزمنا عواقلهم الذين تجري أحكامنا عليهم فإن كانوا أهل حرب لا يجري حكمنا عليهم ألزمنا ." [1]

"فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : " واليمين على من أنكر " . من وجهين : أحدهما : قوله : " إلا في القسامة " . والثاني : أن حديث القسامة أخص منه ، فوجب أن يقضى بالخاص على العام . وأما الجواب عن حديث زياد بن أبي مريم ، فمن وجهين : أحدهما : أنه مجهول الإسناد ، ولا يعرفه أصحاب الحديث . والثاني : حمله على الدعوى إن لم تقترن بلوث . وأما الجواب عن حديث القرظي ، فمن وجهين . أحدهما : ضعف إسناده وصحة إسنادنا ، وانفراده وكثرة رواتنا . والثاني : أن أخبارنا أزيد

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٢/٣٦٨

نقلا وأشرح حالا ، والزيادة أولى من النقصان ، والشرح أصح من الإجمال . وأما الجواب عن قضية عمر ، فمن وجهين : أحدهما : أن عبد الله بن الزبير وقد خالفه فيها ، فقتل في القسامة ، ولم يقتل فيها عمر ، فتنافت قضاياهما ، فسقط الإجماع . والثاني : أنها قضية في عين ، يمكن حملها على أن المدعي ادعى قتل العمد ليستحق القود ، فاعترفوا له بقتل الخطأ ، فأحلفهم على العمد ، وأوجب عليهم دية الخطأ بالاعتراف . وأما الجواب عن قياسهم على **مجرد الدعوى** : فهو أنه لا يجوز أن يعتبر يمين المدعي بدعواه ، كما لا يجوز أن يعتبر يمين المنكر بإنكاره ، للفرق فيما بين اليمين ومجرد القول . أما الجواب عن قياسهم على سائر الدعاوى : فهو إجماعنا على اختصاص القسامة بالدماء دون سائر الدعاوى . وأما قياسهم على الأطراف : فلأن القسامة عندهم لا تدخلها وإن دخلت في النفس ، وكذلك عندنا : لأن حرمة النفس أغلظ ؛ ولذلك تغلغلت بالنفس دون الأطراف . والله أعلم بالصواب . بيان معنى اللوث مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " فإذا كان مثل السبب الذي قضى فيه عليه الصلاة والسلام بالقسامة ، حكمت بها وجعلت الدية فيها على المدعى عليهم . فإن قيل : وما السبب الذي حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قيل : كانت خيبر دار يهود محضة لا يخالطهم غيرهم ، وكانت العداوة بين الأنصار وبينهم ظاهرة ، وخرج عبد الله بعد العصر فوجد ." (١)

"وقال أبو حنيفة : تتداخل ، ولا يؤخذ منه إلا جزية سنة واحدة ، استدلالا بأن الجزية عقوبة ، فوجب أن لا تتداخل كالحدود . ودليلنا : هو أنها مال يتكرر وجوبه في كل حول ، فوجب أن لا يتداخل كالزكاة والدية على العاقلة ، ولأن الجزية معاوضة عن حقن الدم والمساكنة ، فوجب أن لا تتداخل كالأجرة . وأما الجواب عن قياسه على الحدود مع انتقاضه بمن أفطر بجماع في شهر رمضان ، ثم أفطر فيه في يوم ثان ، لم تتداخل الكفارتان ، وإن كانتا من جنس واحد ، فهو أن المعنى في الحدود أن لا مال فيها ، فجاز أن تتداخل كالقطع في السرقة ، والجزية مال ، فلم تتداخل ، كالمال فيها . فإذا ثبت هذا ، وغاب الذمي سنين ثم عاد مسلما ، وادعى تقدم إسلامه ، وسقوط جزيته في جميع مدته ، قال الشافعي : قبل قوله في سقوطها عنها ، وأحلف إن اتهم . قال الربيع : وفيها قول آخر : أنه لا يقبل منه إلا ببينة : لأنها على أصل الوجوب ، فلم تسقط **بمجرد الدعوى** . والأشبه أنه قال مذهبا لنفسه ، وليس يصح : لأنه خلف في أصل الوجوب ، والأصل براءة الذمة ، والله أعلم بالصواب . لمقصود بعقد الجزية تقوية الإسلام وإعزازه وإضعاف

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٣/٧

الكفر وإذلاله مسألة : قال الشافعي : " ويشترط عليهم أن من ذكر كتاب الله تعالى أو محمدا – صلى الله عليه وسلم – أو دين الله بما لا ينبغي ، أو زنى بمسلمة ، أو أصابها باسم نكاح ، أو فتن مسلما عن دينه ، أو قطع عليه الطريق ، أو أعان أهل الحرب بدلالة على المسلمين ، أو آوى عينا لهم : فقد نقض عهده ، وأحل دمه ، وبرئت منه ذمة الله تعالى وذمة رسوله عليه الصلاة والسلام ، ويشترط عليهم أن لا يسمعوا المسلمين شركهم وقولهم في عزير والمسيح ، ولا يسمعونهم ضرب ناقوس ، وإن فعلوا عزروا ولا يبلغ بهم الحد " . قال الماوردي : وجملته أن المقصود بعقد الجزية وأقسامه تقوية الإسلام ، وإعزازه ، وإضعاف الكفر وإذلاله : ليكون الإسلام أعلى والكفر أخفض ، كما قال النبي – صلى الله عليه وسلم – : الإسلام يعلو ولا يعلى ، فكل ما دعا إلى هذا كان الإمام مأمورا باشتراطه عليهم ، وما يؤخذون به من ذلك في عقد جزيتهم ينقسم خمسة أقسام : أحدها : ما وجب بالعقد دون الشرط . والثاني : ما وجب بالشرط ، واختلف في وجوبه بالعقد . والثالث : ما لم يجب بالعقد ، ووجب بالشرط . والرابع : ما لم يجب بالعقد ، واختلف في وجوبه بالشرط . ." (١)

"أحدهما : أن الظاهر منها نفوذها على الصحة . والثاني : أنه ناظر في مستأنف الأحكام دون ماضيها . فلهذين الأمرين لم يجب عليه أن يتعقبها . فإن أراد أن يتعقبها من غير متظلم فقد اختلف أصحابنا في جواز ذلك له – وإن لم يجب عليه – على وجهين : أحدهما : وهو قول أبي حامد الإسفراييني ، يجوز له أن يتعقبها ، لما فيه من فضل الاحتياط . والوجه الثاني : وهو قول جمهور البصريين : لا يجوز له أن يتعقبها من غير متظلم إليه لأمرين : أحدهما : أنه يتشاغل بماض لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه . والثاني : أنه يتتبع قدحا في الولاة يتوجه عليه مثله . فإن تظلم إليه من الأول متظلم لم تخل ظلامته من أن تكون في حكم أو غير حكم . فإن كانت في غير حكم كدعوى دين عليه أو عقد عقده معه كان الأول في هذه الدعوى عليه كغيره من الخصوم يجوز للحاكم إحضاره وسماع الدعوى عليه والحكم بينه وبين خصمه . وإن كان التظلم منه في حكم حكم به عليه لم يسمع الحاكم الدعوى منه مجملة حتى يصفها بما تصح الدعوى بمثله . فإذا وصفها نظر الحاكم فيها ، فإن كان الحكم بمثلها لا يجوز أن ينقض ، لأنه خالف فيها من قياس المعنى القياس الخفي ، أو خالف فيها من قياس الشبه قياس التقريب ، رد المتظلم عنه ولم يعده وأعلمه أن حكمه نافذ عليه . فإن كان الحكم مما ينقض مثله ، لمخالفته نص الكتاب أو

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٤/٣١٦

السنة أو الإجماع أو القياس الجلي من قياس المعنى أو قياس التحقيق من قياس الشبه فقد اختلف أصحابنا بعد سماع هذه الدعوى منه فيما يستجيز به الحاكم إحضار الأول على ثلاثة أوجه : أحدهما : أنه لا يستجيز إحضاره **بمجرد الدعوى** حتى يقيم بها المتظلم بينة تشهد له بصحة دعواه ، لأن الظاهر من أحكام الأول نفوذها على الصحة ، فلم يجز أن يعدله فيها عن الظاهر إلا ببينة . ولأن تصان ولاة المسلمين عن البذلة إلا بما يوجبها . والوجه الثاني : إن اقترن بدعواه أمارة تدل على صحتها من كتاب قضية أو محضر ظاهر الصحة أحضر به الأول ، وإن تجردت الدعوى عن أمارة لم تحضره . ." [1]

"أحدها : بيان ما هو الأصح على مذهب الشافعي في تعارض البينتين ، وأن الذي يقتضيه كلامه إسقاطهما ، والعمل بما يوجبه **مجرد الدعوى** واليد ، لأنه قد أبطل القسمة بقوله ، أن استعمالهما في القسمة منع ليقين الخطأ في إعطاء أحدها أقل من حقه ، وإعطاء الآخر ما ليس بحقه ولأصحابنا عن هذا جوابان : أحدهما : أنه شنع مع القطع بتكاذب البينتين وليس بشنع في جواز تصادقهما ، فتبطل القسمة في التكاذب ولا تبطل مع جواز التصادق . والجواب الثاني : أنه شنع في الباطن ، لامتناعه وليس بشنع في الظاهر لأننا نبطل السبب المتضاد ، ونحكم بالبينة في المال ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر " . فمن ثم أبطل المزني الإقراع بينهما لأن الشافعي قال فيمن مات عن زوجة مطلقة ، قد اشتبهت أنه لا قرعة بينهما ، فكذلك بأن مثله في إبطال القرعة في البينتين ، ولأصحابنا عن هذا جوابان : أحدهما : أنه أبطل القرعة في الزوجتين والولدين ، لأنه قد رجع في الزوجتين إلى بيان الورثة ، وفي الولدين إلى بيان اتفاقه ولا يؤخذ بمثل ذلك في البينتين . والثاني : أن دخول القرعة في الزوجتين والولدين تكون في أصل الدعوى التي لم يرد بها شرع ، وفي البينتين فيما ورد بمثله الشرع . والفصل الثاني : أن اختار المزني لنفسه استعمال البينتين وقسم الملك بينهما نصفين ، لتكافئهما وأن لا بيان يرجع إليه بعدهما فيما أمكن من صدقهما ، أو قطع فيه بتكاذبهما ، واستشهد بأن الشافعي قال في المتنازعين لثوب أقام كل واحد منهما البينة أنه له نسجه في ملكه إن سوى بين ما لا ينتج إلا مرة ، كالقطن والكتان ، الذي يقطع فيه بتكاذب البينتين ، وبين ما يجوز أن ينسج مرتين كالخز ، والديباج ، الذي يمكن فيه التصادق ، ولأصحابنا عن هذا جوابان : أحدهما : أنه لا حجة أن يحتج لمذهبه بمذهب غيره ، وإنما يحتج لمذهبه بأمارات الأدلة . والثاني : أن قصد الشافعي في هذه المسألة من سماع الداخل فيما يتكرر

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٧٥/١٦

نتجه ، ولا يتكرر ردا على أبي حنيفة ، في فرقه بينهما بسماع البينة فيما يتكرر نسجه وردها فيما لا يتكرر . والفصل الثالث : أن أورد عن الشافعي مسألة فيمن مات عن دار ادعت زوجته أنه أصدقها ، وادعى أجنبي أنه ابتاعها ، وأن الشافعي قال : " ليس إلا إسقاط البينتين ، أو القرعة " وقد أبطل القرعة ، فثبت إسقاط البينتين وإسقاط القرعة ، فدل على وجوب القسم ولأصحابنا عن هذا جوابان : ." [1]

" سيده إذا بلغ العبد وأنكر الرق ، أحلف له ولو كان هذا صغيرا فاستخدمه الواجد ، ولم يدع في الحال رقه حتى بلغ ، ثم ادعى رقه بعد بلوغه ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول أبي حامد الإسفراييني ، يحكم له برقه بغير بينة لأن يده عليه ، فقبل قوله فيما بيده . والوجه الثاني : أن دعواه إذا تأخرت عن الصغر ، صارت مستأنفة عليه بعد الكبر ، ودعواه بعد الكبر لا تقبل ، إلا ببينة وهذا أظهر الوجهين عندي . فصل : والحال الثالثة : أن يكون هذا المدعي رقه مراهقا مميزا ، وليس ببالغ ثبوت رقه بالدعوى ففي ثبوت رقه **بمجرد الدعوى** وجهان : أحدهما : يحكم له برقه عبدا له ، ولا يؤثر فيه إنكاره قبل بلوغه ، ولا بعد بلوغه إلا ببينة تشهد بحريته ، لأن حكم ما قبل البلوغ في ارتفاع العلم سواء . والوجه الثاني : أن الحكم برقه موقوف على إقراره ، وإنكاره فإذا اعترف له بالرق ، حكم له بعبوديته ، وإن أنكر الرق حكم له بالحرية ، ولا يحلف على إنكاره ، إلا بعد بلوغه ، ولا يمتنع أن يكون لقوله قبل البلوغ حكم ، وإن لم يجر عليه قلم ، كما يخير قبل البلوغ بين أبويه ، ويصح منه فعل الصلاة ، وإن لم تلزمه ، ويسمع خبره في المراسلات ، والمعاملات ، ويشبه أن يكون هذان الوجهان من اختلافهم في صحة إسلامه بعد مراهقته ، وقبل بلوغه وكلام الشافعي هاهنا في قوله : " إذا كان لا يتكلم " دليل على أنه إذا كان يتكلم بالمراهقة والتمييز أن يعتبر إقراره وإنكاره ، وقد تأوله من قال بالوجه الأول أن معناه إذا كان ممن لا حكم لكلامه . مسألة : قال الشافعي رضي الله عنه : " فإن أقام رجل بينة أنه ابنه ، جعلته ابنه وهو في يدي الذي هو في يديه " . قال الماوردي : يعني الصغير إذا ادعاه رجل عبدا ، وحكم له برقه بمجرد دعواه ، ثم ادعاه رجل آخر ولدا ، وأقام بينة بأنه ولده صار ابنا له ، ولم يزل عنه رق الأول ، لأنه لا يمتنع أن يكون ابن زيد عبدا لعمرو ، لأنه يجوز أن يكون قد ولد له من أمة تزوجها ، فيكون له ابنا وهو مملوك لسيد الأم فلم يتنافى لحوق نسبه ، وثبوت رقه ، إلا أن تشهد بينة المدعي لنسبه ، أنه ولد له من حرة تزوجها ، أو من أمة ملكها ، فيكون الولد حرا ، لأنه لا يجوز أن يولد الحر من الحرة إلا حرا ، ومن أمته إلا حرا ، ولو كان مدعي أبوته لم يقم

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ١٧/٣٣٥

البينة بها ، فصدقه الولد عليها ، فالصحيح من المذهب أنه يثبت نسبه بتصديقه ، وإن كان على رقه لمدعي عبوديته ، لأنه لا حق للسيد في نسب العبد ، فنفذ فيه إقرار العبد . ." [1]

"قوله : (وإن ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) معناه بعد ما شهدا عليه بالسرقة ، .وقال الشافعي : لا يسقط **بمجرد الدعوى** لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وهي تتحقق **بمجرد الدعوى** للاحتمال ولأنه لا يصح الرجوع بعد الإقرار وإن ادعى على رجل سرقة فأنكر يستحلف فإن أبى أن يحلف لم يقطع ويضمن المال لأن المال يستحلف فيه ، والقطع لا يستحلف فيه ، ولو أقر بذلك إقرارا ثم رجع عن إقراره وأنكر لم يقطع ويضمن المال لأن الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال الذي هو حق الآدمي ، ولو قال : سرقت هذه الدراهم ولا أدري لمن هي لم يقطع لأن الإقرار لغير معين لا يتعلق به حكم فبقيت الدراهم على حكم ملكه ، ولو شهدوا على رجل بسرقة بعد حين لم يقطع وضمن المال .." [2]

"ويقاد فيها إذا تمت الشروط(١) (ويبدأ بأيمان الرجال من ورثة الدم(٢) فيحلفون خمسين يمينا)(٣) وتوزع بينهم بقدر إرثهم(٤) ويكمل كسر(٥) ويقضى لهم(٦).______________(١) العشرة، وشروط القود، لقوله صلى الله عليه وسلم «يحلف خمسون منكم على رجل منهم، فيدفع إليكم برمته»، وفي لفظ لمسلم «ويسلم إليكم» مع ما تقدم، وثبوت القود بالقسامة، كالبينة، وقال ابن القيم: وليس إعطاء **بمجرد الدعوى**، وإنما هو بالدليل الظاهر، الذي يغلب على الظن صدقه، فوق تغليب الشاهدين، وهو اللوث، والعداوة الظاهرة، والقرينة الظاهرة، فقوي الشارع هذا السبب، باستحلاف خمسين من أولياء المقتول، الذين يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البريء بدم ليس منه، وقوله صلى الله عليه وسلم «لو يعطى الناس بدعواهم» لا يعارض القسامة بوجه، فإنما نفى العطاء بدعوى مجردة.(٢) أي ويبدأ في القسامة بأيمان الرجال، لا النساء، ولا غير المكلف من ورثة الدم، ولا غيرهم، لعدم استحقاقه من الدية.(٣) لحديث عبد الله بن سهل، بحضرة الحاكم أنه قتله.(٤) أي وتوزع الأيمان بين الرجال، من ذوي الفروض والعصبات، بقدر إرثهم منه، إن كانوا جماعة لأن موجبها الدية، وهي تقسم كذلك.(٥) كزوج وابن، أو ثلاثة بنين، ومن لا قسامة

---

(١) الحاوي في فقه الشافعي – الماوردي، ٣٧٢/١٧

(٢) الجوهرة النيرة، ٢٢٣/٥

عليه كالنساء سقط حكمه.(٦) أي ويقضى لأولياء المقتول، إذا حلفوا خمسين يمينا، بعد أن كملت الشروط العشرة، وشروط القود بالقود أو الدية لما تقدم.." [١]

".(أو رجل ويمين المدعي)(١) لقول ابن عباس: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم «قضي باليمين مع الشاهد» رواه أحمد وغيره(٢).ويجب تقديمه الشهادة عليه(٣)____________(١) لأن اليمين تشرع في جانب من ظهر صدقه.(٢) قال أحمد: مضت السنة، أن يقضي باليمين مع الشاهد، وقال ابن القيم: الحكم بالشاهد واليمين، حكم بكتاب الله، فإن الله أمر بالحكم بالحق، والرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه حكموا به، ولا يحكمون بباطل، وقال تعالى: ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ وهو مما حكم به، فهو عدل مأمور به، ولا يعارض اليمين على المدعى عليه، فإن المراد به إذا لم يكن مع المدعي إلا مجرد الدعوى، فإنه لا يقضي له بمجرد الدعوى، فأما إذا ترجح جانبه بشاهد أو لوث أو غيره، لم يقض له بمجرد دعواه، بل الشاهد المجتمع من ترجيح جانبه ومن اليمين.(٣) وقال ابن القيم: من شرطها تقدم الشهادة عليه اهـ فيشهد الشاهد أو‌لا، ثم يحلف صاحب اليمين، وقال: إذا عدمت امرأتان قامت اليمين مقامها والشاهد واليمين سكت عنه القرآن، وفسرته السنة، ولم يوجب الله على الحكام، أن لا يحكموا إلا بشاهدين أصلا، وإنما أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد وامرأتين، وهذا لا يدل على أن الحاكم لا يحكم بأقل من ذلك بل حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشاهد واليمين وبالشاهد فقط، رواه أبو داود وغيره.وقد ذهب طائفة من قضاة السلف العادلين، إلى الحكم بشهادة الواحد، إذا ظهر صدقه من غير يمين، وعدل النبي صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمة بشهادة رجلين، وقبل شهادة الأعرابي على الهلال، وأجاز شهادة والواحد في قصة السلب، ولا استحلفه وهو الصواب، ولا معارض لهذه السنة، ولا مسوغ لتركها، والبينة تطلق على الشاهد الواحد، وصوبه.." [٢]

"قال العلامة ابن القيم رحمه الله عن ثبوت الحكم بالقسامة : " وليس إعطاء بمجرد الدعوى ، وإنما هو بالدليل الظاهر الذي يغلب على الظن صدقه ، فوق تغليب الشاهدين ، وهو اللوث والعداوة الظاهرة والقرينة الظاهرة ؟ فقوى الشارع هذا السبب باستحلاف خمسين من أولياء المقتول الذين يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البريء بدم ليس منه ، وقوله صلى الله عليه وسلم : ولو يعطى أناس بدعواهم لا يعارض

(١) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٢٦٠/١٣

(٢) حاشية الروض المربع لابن قاسم، ٣٧/١٤

القسامة بوجه ؛ فإنما نفى الإعطاء بدعوى مجردة . .. انتهى .قال الفقهاء رحمهم الله : ومن مات في زحمة جمعة أو طواف فإنه تدفع ديته من بيت المال ؛ لما روي عن عمر وعلي : " أنه قتل رجل في زحام الناس بعرفة ، فجاء أهله إلى عمر ، فقال : بينتكم على قاتله . فقال علي : يا أمير المؤمنين ! لا يطل دم امرئ مسلم ، إن علمت قاتله ، وإلا ؛ فأعط ديته من بيت المال." (١)

"وقد بين سبحانه الحكمة : في ذلك بقوله : أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى أي تذكرها إن ضلت ، وذلك لضعف العقل ؛ فلا تقوم الواحدة مقام الرجل ، وفي منع قبولها بالكلية إضاعة لكثير من الحقوق وتعطيل لها ، فضم إليها في الشهادة نظيرتها ؛ لتذكرها إذا نسيت ، فتقوم شهادة المرأتين مقام شهادة الرجل .ويقبل أيضا في المال وما يقصد به المال أيضا رجل واحد ويمين المدعي ، لقول ابن عباس : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد " رواه أحمد وغيره .قال الإمام أحمد رحمه الله : " مضت السنة أنه يقضى باليمين مع الشاهد " .قال ابن القيم : " ولا يعارض ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : اليمين على المدعى عليه فإن المراد به إذا لم يكن مع المدعي إلا **مجرد الدعوى** ؛ فإنه لا يقضى له **بمجرد الدعوى** ، فأما إذا ترجح جانبه بشاهد أو لوث أو غيره ، لم يقض له بمجرد دعواه ، بل بالشاهد المجتمع من ترجيح جانبه ومن اليمين . .. " انتهى .- وما لا يطلع عليه الرجال غالبا كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والثيوبة والحيض والولادة والرضاع واستهلال المولود ونحو ذلك يقبل فيه شهادة امرأة عدل ؛ لحديث حذيفة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وحدها رواه الدارقطني وغيره ، وفي إسناده مقال ، وقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم شهادة المرأة الواحدة في الرضاع كما في الصحيحين .باب في كتاب القاضي إلى القاضيباب في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة ورجوع الشهودكتاب القاضي إلى القاضي قد تدعو الحاجة إليه ، فإن من له حق في غير بلده لا يمكنه إثباته والطلب به إلا عن طريق إثباته عند قاضي ذلك البلد والكتابة بذلك إليه ، لاستكمال بقية الإجراءات الحكمية ؛ إذ يتعذر السفر بالشهود ، وربما كانوا معروفين في بلد دون بلد ، فيتعذر إثبات الحق بدون كتاب القاضي إلى قاض آخر .." (٢)

---

(١) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١٢/٣٦

(٢) الملخص الفقهي وكتب أخرى، ١٦/٢٢

"عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم الضرر والخزي في الدنيا والآخرة، فان أقام بينة أنه ولد على فراشه لحق به نسبا ودينا كذلك ذكره ههنا وهو قول بعض اصحابنا لانه ثبت أنهابنه ببينة، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين الا أن تشهد البينة أنه ولد كافرين حيين لان الطفل يحكم باسلامه باسلام أحد ابويه أو موته (فصل) فان كان المدعي امرأة فروي عن أحمد أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين اشبهت الاب، ولانه يمكن كونه منها كما يمكن أن يكون من الرجل بل أكثر لانها تأتي به من زوج ووطئ شبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم اليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب باحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للصغرى **بمجرد الدعوى** منهما، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى ہ ذه الرواية يلحق بها دون زوجها لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، ولذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته، فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ومن أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل لغيره وطؤها قلنا يمكن ان تلد من وطئ شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجودا قبل تزوجها بهذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر، فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة ودفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة." (١)

"عنها إذا خلت عن المعارض ولذلك ترك إقامة الحد عليها من اجل أيمانها بدليل قوله " لو لا الايمان لكان لي ولها شأن " علي ان ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات واكثرها عددا واقوى الاقرار حتى يعبر فيه تكراره اربع مرات وتدرأ بالشبهات، والنسب يثبت بشهادة امرأه على الولادة ويثبت **بمجرد الدعوى** مع ظهور انتفائه حتى لو ان امرأة اتت بولد وزوجها غائب منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يجنح إلى نفيه بعدم إقامة الحد؟ ولانه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من اهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم ان الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم حين قالت ام سلمة أو ترى ذلك المراة؟ قال " فمن اين يكون الشبه، والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لان إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على ان العادة خلافه وان في طباع الناس إنكاره فان ذلك إنما يوجد نادرا وإنما الحقه النبي صلى الله عليه وسلم به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر للدليل ولا يجوز تركه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٠٠/٦

لغير دليل ولان ضعفه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن اثباته، فان النسب يحتاط له لاثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وانه لا ينتفي الا بأقوى الادلة كما أن الحد لما انتفى بالشبهة لم يثبت الا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به." (١)

"النسب في مسئلتنا، فان قيل فهنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيم النسب عمن لم تلحقه القافة به قلنا انما انتسب ههنا لعدم دليله لانه لم يوجد الا **مجرد الدعوى** وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحالاحدهما فانتفت دلالة الاخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها عند عدمها.(فصل) والقافة قوم يعرفون الانساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الاصابة فهو قائف، وقيل أكثر ما يكون في بنى مدلج رهط محرز الذي رأي اسامة وزيدا قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض، وكان اياس بن معاوية المزني قائفا وكذلك قيل في شريح * (مسألة) * (فان ألحقته بأحدهما لحق به ليرجح جانبه وان ألحقته بهما لحق بهما وكان ابنها يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب واحد) يروى ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي يلحق بهما **بمجرد الدعوى**، وقال الشافعي لا يلحق باكثر من واحد فان ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم به واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه ان القافة قالت اشتركا فيه، فقال عمر وال أيهما شئت ولانه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ولان المتداعيين." (٢)

"* (مسألة) *) ولا يلحق بأكثر من أم واحدة) إذا ادعت امرأتان نسب اللقيط فهو مبني على قبول دعوتهما، وقد ذكرنا ذلك، وإن كانت احداهما ممن تقبل دعوتها دون الاخرى فهو ابنها كالمنفردة، وإن كانتا ممن لا تقبل دعوتهما فوجودها كعدمها وإن كانتا جميعا ممن تقبل دعوتهما فهما في اثباته بالبينة وكونه يرى القافة عند عدمها أو تعارضهما كالرجلين).قال احمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلمة فتوقف فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه، ولان الشبه يوجد بينهما وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصها بحمله وتغذيته، والكافرة والمسلمة، والحرة والامة، في

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٠٥/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٠٦/٦

الدعوة واحدة كقولنا في الرجال، وهذا قول اصحاب الشافعي على الوجه الذى يقولون بقبول دعوتها، إذا ثبت ذلك فانه لا يلحق بأكثر من أم واحدة، فان ألحقته القافة بأمين سقط قولهما لاننا لا نعلم خصأه قطعا، وقال أصحاب الرأي يلحق بهما **بمجرد الدعوى** لان الام أحد الابوين فجاز ان يلحق باثنتين كالآباء ولنا ان هذا محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان اكبر منهما أو مثلهما بخلاف الرجلين فان كونه منهما ممكن فانه يجوز اجتماع نطفتي الرجلين في رحم امرأة فيمكن ان يخلق منهما ولدكما يخلق من نطفة الرجل وامرأة ولذلك فال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من الحاقه بمن يتصور كونه منه الحاقه بمن يستحيل ذلك منه كما لا يلزم من الحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقه بأصغر منه." (١)

"لا دليل لاحدهم أشبه من لم يدع أحد نسبه، وقال ابن حامد نتركه حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهم قال القاضي وقد أومأ أحمد إلى هذا في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم حتى يميز لقول عمر: وال أيهما شئت ولان الانسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ولانه مجهول النسب أقر به من هو من أهل الاقرار فثبت نسبه كما لو انفرد، وقال أصحاب الرأي: يلحق بالمدعيين **بمجرد الدعوى** لان كل واحد منهم لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال ولنا أن دعواهما تعارضت ولا حجة لواحد منهما فلم يثبت كما لو ادعى رقه وليس هو في أيديهما قال شيخنا وقول أبي بكر أقرب لما ذكرنا وقولهم يميل طبعه إلى قرابته قلنا انما يميل إلى قرابته بعد معرفة أنه قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل فلا يثبت قبله ولو سلم ذلك فانه يميل أيضا إلى من أحسن إليه فان القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إليه لاساءة الآخر إليه وقد يميل إلى أحسنهما خلقا وأعظمهما قدرا أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب، ولا خلاف بين أصحابنا في أنه لا يثبت نسبه بالانتساب قبل البلوغ، قولهم انه صدق المقر بنسبهقلنا لا يحل له تصديقه فان النبي صلى الله عليه وسلم لعن من ادعى إلى غير أبيه وهذا يعلم أنه أبوه فلا نامن أن يكون ملعونا بتصديقه، ويفارق ما إذا انفرد فان المنفرد يثبت النسب بقوله من غير تصديق، وقول عمر رضي الله عنه وال أيهما شئت لم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٠٨/٦

حجة لانه انما أمره بالموالاة لا بالانتساب وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما إذا انتسب إلى أحدهما ثم عاد فانتسب إلى الآخر أو نفى نسبه من الاول ولم." (١)

"الرجل وسأل اياسا من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال سبحان الله وهل يخفى ذلك على أحد إنه لاشبه بك من الغراب بالغراب فسر الرجل واستلحق ولده (فصل) نقل عن أحمد أنه لا يقبل الا قول اثنين من القافة ولفظ الشهادة منهما فروى عنه الاثرم أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لانه قول يثبت به النسب أشبه الشهادة ولانه حكم بالشبه في الخلقة فاعتبر فيه اثنان كالحكم بالمثل في جزاء الصيد، وقال القاضي يقبل قول الواحد لانه حكم ويكتفي في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، ولان النبي صلى الله عليه وسلم اكتفي بقول محرز وحده فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانه أقوى من قول واحد، وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع، فان عارض قول اثنين قول ثلاثة أو اكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت احدى البينتين اثنين والاخرى ثلاثة فأما ان ألحقته القافة بواحد فجاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان للاول لان قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم إذا حكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره ولذلك لو ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره كذلك، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له وسقط قول القائف لانه بدل فسقط بوجود الاصل كالتيمم مع الماء(فصل) وإذا ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك **بمجرد الدعوى** من المنفرد لها وانما قبلنا قول القافة في النسب للحاجة إلى اثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اكتفينا فيه **بمجرد الدعوى** من المنفرد ولا حاجة إلى اثبات رقه وكفره واثباتهما يخالف الظاهر (فصل) لو ادعى نسب اللقيط انسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لانه حكم له به فلا يزول **بمجرد الدعوى** فان ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول لانها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت **بمجرد الدعوى** كالشهادة." (٢)

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤١١/٦

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤١٣/٦

"به في كتابتها فان كان الغرور منها فلا شئ لها إذ لا فائدة في ايجاب لها يرجع به عليها وان كان الغرر من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره (فصل) ولا يثبت أنها امة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت انها امة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كاقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لا شئ حتى تثبت له أو تقر هي انها امته فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق اشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى (فصل) فان حملت المغرور بها فضربها ضارب فالقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لانه محكوم بحريته ويرثها ورثته فان كان الضارب اباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لانه انما يستحق بذل حي و ه ذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة امه لان الواطئ فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له (فصل) ويثبت له الخيار إذا ظنها حرة فبانت امة كما إذا شرط ذلك وقال الشافعي لا خيار له ووافقاه فيما إذا ظن انها مسلمة فبانت كافرة انه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيهما جميعا قولان ولنا ان نقص الرق اعظم ضررا فانه يؤثر في رق ولده ومنع كما استمتاعه فكان لهالخيار كما لو كانت كافرة." (١)

"وجملة ذلك انه إذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قولا الا ببينة ولزمه القصاص إذا انكر وليه روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال ان يأت باربعة شهداء فليعط برمته ولان الاصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى فاما ان اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روي عن عمر رضيالله عنه أنه كان يوما يتغدى إذ جاء رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالو يا أمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا فقال له عمر ما يقولون؟ فقال يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امراتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر ما يقول؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهذه ثم دفعه إليه وقال ان عادوا فعد رواه سعيد في سننه وروي عن الزبير انه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلا ن فقالا

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٥٥١/٧

اعطنا شيئا فاعطاهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو اقر بقتله قصاصا أو في حد يوجب قتله وان ثبت فكذلك." (١)

"بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من له اليد حكما * (مسألة) * (وان أقر بها الغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها) لان الحاضر يعترف انها ليست له، ولا يقضى على الغائب **بمجرد الدعوى** ويقف الامر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا وتكون الخصومة معه، فان قال المدعي احلفو إلى المدعي عليه أحلفناه لما تقدم، وان اقر بها للمدعي لم تسلم إليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه باقراره بها لغيره، وان كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب علىخصومته متى خطر له ان يقدح في بينة المدعي وان يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعي، وان أقام بينة انها ملكه فهل يقضي به؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو لسبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها؟ على وجهين فان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم انها لي ويتخرج ان يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان للمودع المحاكمة في الوديعة إذا غصبت لانها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي إذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (احدهما) ان ثبوت الاجارة والعارية يترتب على ثبوت الملك للمؤجر ولا يمكن ثبوت الملك." (٢)

"عليها يمينا فهي يكفي مجرد إنكارها فالحاصل أن **مجرد الدعوى** لا تمنعها من شيء انتهى كلامه

قال القاضي في التعليق إذا ادعي نفسان زوجية امرأة فأقرت لأحدهما فهل يقبل إقرارها أم لا نقل الميموني عن الإمام أحمد إذا ادعيا امرأة وأقرت لواحد منهما وجاءا بشاهدين ولم يجيء ولي فرق بينهما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، ٣٨٠/٩

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، ٤٣٤/١١

فإن أنكرتهما وقامت لكل واحد منهما بينة أنها امرأته فهو على ما يقول الولي لأن كل واحد منهما مكذب بينته صاحبه فإن لم يكن ولي فسخت النكاح قال وظاهر هذا أنه لا يقبل إقرارها وإذا أقر الولي لأحدهما قبل إقراره وحكم بها لمن أقر له الولي وحكم البينتين إذا تعارضتها في النكاح أن تسقطا ويكونان كمن لا بينة لهما فيجري الإقرار مع البينة مجراه مع عدمها وإنما قبل إقرار الولي لأنه يملك العقد عليها أن لأن المسألة محمولة على أن الولي يملك الإجبار على النكاح ومن ملك العقد ملك الإقرار به فأما المرأة فلم يقبل إقرارها في هذا الموضع لما نذكره فإن كان المدعى واحدا فأقرت له فهل يقبل إقرارها أم لا يتخرج على روايتين نص عليهما في الرق إذا ادعى رجل رق امرأة فأقرت له قال وحكم العتق والنكاح سواء لأن المزيل لهما مبنى على التغليب والسراية وهو العتق والطلاق

قال الشيخ تقي الدين قوله إذا ادعيا نكاح امرأة وأقرت لواحد منهما وجاء بشاهدين ولم يجيء بولي فرق بينهما مضمونها أنه يفرق بينهما مع قيام البينة بالنكاح وهذا يبين أنه لم يكن لرد الإقرار لأن البينة قد شهدت بما أقرت به لأن قوله وجاء فيه ضمير مفرد لا مثنى هذا ظاهره لأنه قال وأقرت لواحد منهما وجاءا بشاهدين فرق بينهما فهذه ضمائر الوحدة وهذا يبين لك أن الرد لم يكن لكونه ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما وإنما النكاح

." (١)

" فصل

وإن ادعى نسبه رجل لحق به لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال ويأخذه من الملتقط إن كان من أهل الكفالة لأن الوالد أحق بكفالة ولده وإن كان كافرا لم يتبعه في الدين لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يزول ذلك بدعوى كافر ولا يدفع إليه لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ويثبت نسبه منه لأن الكافر كالمسلم في ثبوت النسب منه ولا ضرر على أحد في انتسابه إليه وإن كانت له بينة بولادته على فراشه ألحق به نسبا ودينا لأنه ثبت أنه ابنه ببينة ذكره بعض أصحابنا وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين إلا أن تقوم البينة أنه ولد كافرين حيين لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه أو موته وإن ادعت امرأة نسبه ففيها ثلاث روايات إحداهن يقبل قولها لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعواها كالأب

---

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر، ٣٩٦/٢

ويلحق بها دون زوجها الثانية إن كان لها زوج لم تقبل دعواها لأنه يؤدي إلى أن تلحق زوجها نسب من لم يقر به وإن لم يكن قبل لعدم ذلك الثالثة إن كان لها إخوة ونسب معروف لم تقبل دعواها لأن ولادتها لا تخفى عليهم وإن لم يكن قبلت والأمة كالحرة إلا أننا إذا ألحقنا النسب به لم يثبت رق ولدها لأنه محكوم بحريته فلا يثبت رقه **بمجرد الدعوى** كما لم يثبت كفره

". (١)

"ينتسب إلى من يميل طبعه إليه لأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه ولأن الطبع يميل إلى الوالد ما لا يميل إلى غيره فإذا تعذرت القافة رجعنا إلى اختياره ولا يصح انتسابه قبل بلوغه لأنه قول يتعين به النسب وتلزم به الأحكام فلا يقبل من الصبي كقول القائف وسواء كان المدعيان مسلمين حرين أو كافرين رقيقين او مسلما وكافرا وحرا وعبدا لأن كل واحد منهم لو انفرد صحت دعواه فإن ادعاه امرأتان وقلنا بصحة دعواهما فهما كالرجلين إلا أنه لا يلحق بأكثر من واحدة لأنه يستحيل ولد من امرأتين وإن كانت إحداهما تسمع دعواها دون الأخرى فهي كالمنفردة به وإن ألحقته القافة بكافر أو أمة لم يحكم برقه ولا كفره لأنه ثبت إسلامه وحريته بظاهر الدار فلا يزول ذلك بظن ولا شبهة كما لم تزل **بمجرد الدعوى** فصل

فإن كان لامرأتين ابن وبنت فادعت كل واحدة أنها أم الابن احتمل أن يعرض معهما على القافة واحتمل أن يعرض لبنهما على أهل الخبرة فمن كان لبنها لبن ابن فهو ابنها وقد قيل إن لبن الأبن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبر ذلك

". (٢)

" فصل

فإن قال أصدقتك هذا العبد قالت بل هذه الأمة لم تملك العبد لأنها لا تدعيه ولا الأمة لأنها لا تجب **بمجرد الدعوى** لكن إن قلنا القول قول الزوج فلها قيمة العبد وإن قلنا القول قول من يدعي مهر

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣٦٧/٢

(٢) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣٦٩/٢

المثل وكانت الأمة مهر المثل أو أقل حلفت ولها قيمتها وإن كانت أكثر والعبد مهر المثل أو أكثر حلف الزوج ولها قيمته وإن كانت الأمة أكثر والعبد أقل در إلى مهر المثل على ما ذكرنا فيما تقدم فصل

وإن اختلفا في قبض الصداق أو إبرائه منه فالقول قولها لأن الأصل معها وإن اختلفا فيما يستقر به الصداق من الاستمتاع أو الخلوة فالقول قوله لأن الأصل معه وإن اتفقا على أنه دفع إليها مالا فقال دفعته صداقا قالت بل هبه فإن كان الخلاف في نيته فالقول قوله بلا يمين لأنه أعلم بما نواه وإن اختلفا في لفظه فالقول قوله مع يمينه لأنه ملكه فالقول قوله في صفة نقله فصل

وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فقالت حدث بعد الطلاق فلا ضمان علي وقال بل قبله فالقول قولها لأن الأصل براءة ذمتها

". (١)

" فصل

وإذا ادعى عينا في يد إنسان فأقر بها لغيره وصدقه المقر له حكم له لأنه مصدق فيما بيده وقد صدقه المقر له فصار كصاحب اليد وتنتقل الخصومة إليه وعلى المقر اليمين أنه لا يعلم أنها للمدعي لأنه لو أقر بها له لزمه غرمها ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار فإن نكل عنها مع طلبها منه قضي عليه بالغرم وإن أكذبه المقر له وقال ليست لي وكان للمدعي بينة حكم له وإن لم يكن له بينة ففيه وجهان أحدهما تدفع إليه لأنه يدعيها ولا منازع له فيها أشبه التي في يده ولأن صاحب اليد لو ادعاها ثم نكل قضي عليه فمع عدم ادعائه لها أولى والثاني لا تدفع إليه لأنه ليس له إلا **مجرد الدعوى** فلا يحكم بها كما لو أنكره الآخر فعلى هذا يأخذها الإمام يحفظها حتى يظهر صاحبها لأنه لم يثبت لها مستحق فهي كالضالة ويحتمل أن تقر في يد المقر لأنه لم يثبت صحة إقراره فإن أقر المقر له بها للمدعي سلمت إليه لأنه قام مقام صاحب اليد لو ادعاها فقام مقامه في الإقرار بها وإن أقر بها صاحب اليد لغائب معين صار الغائب الخصم فيها فإن أقام المقر بينة أنها للغائب سمعها الحاكم لإزالة التهمة وإسقاط اليمين عنه ولم يحكم بها للغائب لأنه إنما يقضي بها إذا أقامها المدعي أو وكيله وليس المدعي واحدا منهما ومتى لم

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٣/١١٤

(١) ".

"وإن ادعى الجاني عليه أو قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط وإن ادعى انسان أنه مملوه لم يقبل إلا ببينة تشهد أن امته ولدته في ملكه (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) (١) تنتظر لأن ذلك قد يدوم بخلاف العاقل ولا بد من اجتماع الوصفين فإن فقد أحدهما فوجهان

وإن ادعى الجاني عليه او قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قوله اللقيط لأنه محكوم بحريته فقوله موافق للظاهر بدليل أنه يجب عليه حد الحر إذا كان قاذفا في الأصح وحينئذ يجب القصاص وإن كان الجاني حرا وقيل يقبل قول القاذف لأنه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة فيكون ذلك شبهة في إسقاط الحر وعلم منه أنه إذا صدقه اللقيط أنه رقيق سقط الحد لإقرار المستحق بسقوطه ووجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن والقصاص ليس بحد وإنما وجب حقا لآدمي ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله وإن مات البالغ ممسكا عنهما فكسائر المسلمين في سائر أحكامه وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل لأن **مجرد الدعوى** لا تكفي في انتزاع المدعي للخبر وفي الشرح أنها تسمع الدعوى لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار وإن لم تكن له بينة فلا شيء له لأنها تخالف الظاهر وتفارق دعوى النسب من وجهين أحدهما أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر وتفارق دعوى النسب من وجهين أحدهما أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر بخلاف دعوى الرق الثاني أن دعوى النسب يثبت بها حقا للقيط ودعوى الرق يثبت بها حقا عليه فلم تقبل بمجردها إلا ببينة تشهد أن امته ولدته في ملكه لأنها لا تلد في ملكه إلا ملكه يحترز به عما ولدته قبل ملكه وهذا ليس بشرط فإنها لو شهدت بأنه عبده او مملوكه حكم له به وإن لم يذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار ذكره في المغني والشرح

١-

(٢) ".

"أبو بكر إن فعله بدار الحرب أو في جماعة مرتدة ممتنعة لم يؤخذ به وقيل إذا أسلم لم يؤخذ بحق الله تعالى خاصة

---

(١) الكافي في فقه ابن حنبل، ٤/٤٩٣

(٢) المبدع، ٥/٣٠٢

ومن قتل المرتد بغير إذن الإمام عزر إلا أن يلحق بدار الحرب فلكل أحد قتله بلا استتابة وأخذ ما معه من المال فأما ما تركه بدار الإسلام فعصمته بحالها إذا لم نجعله فيئا بالردة نص عليه وقيل يتنجز جعله فيئا وهو عندي أصح

وإذا ارتد الزوجان فلحقا بدار الحرب لم يجز أن يسترقا ولا أحد من أولادهما ومن لم يسلم منهم قتل إلا من علقت به أمة في الردة فيجوز أن يسترق وفي إقراره بالجزية روايتان وقيل لا يسترق أيضا ولا تبطل الردة إحصان الرجم ولا إحصان القذف

والساحر بالأدوية والتدخين وسقي شيء يضر لا يكفر بذلك ولا يقتل بل يعزر ويقتص منه إن أتى ما يوجب قودا وأما الذي يدعي أنه يركب المكنسة فتسير به في الهواء أو أن الكواكب تخاطبه أو أنه يجمع الجن بتعزيمه فتطيعه فيكفر ويقتل إذا ظهر منه ذلك وإن لم يكن منه إلا **مجرد الدعوى** فعلى وجهين

ولا يقتل ساحرا أهل الذمة نص عليه وعنه ما يدل على قتله

وإذا أسلم أبو الطفل الكافران أو أحدهما أو سبى الطفل منفردا عنهما حكم بإسلامه وإن سبى مع أحدهما وهما على دينهما أو ماتا أو أحدهما في دار الإسلام فهل يحكم بإسلامه على روايتين ويرث ممن جعلناه مسلما بموته حتى لو تصور موتهما معا لورثهما ولو كان الموت في دار الحرب لم يجعل به مسلما وقيل يجعل به مسلما تسوية بين الدارين فيه وفيه بعد

والمميز كالطفل فيما ذكرنا نص عليه وقيل لا يحكم بإسلامه حتى يسلم بنفسه كالبالغ ولا يتبع الصغير جده ولا جدته في الإسلام

". (١)

"رقم الجزء: ٣ رقم الصفحة: ٨١إحضار الحاكم المدعى عليه **بمجرد الدعوى**:٣ . مسألة: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل لا يعلم بينهما معاملة فهل يحضره أم لا؟نقل الأثرم عنه: أهل المدينة يقولون: لا يحلف إلا أن يعلم أنه كان بينهما معاملة، فقيل لأحمد: ظاهر الحديث أنه يحضره، وهو اختيار أبي بكر.ونقل عبد الله في الرجل يجيء إلى القاضي فيقول: أعد علي فلان.فقال: إن استعدى على رجل يبيع ويشتري، مثله يعديه عليه، وإن كان رجلا لا يبايع الناس فلا يعدى عليه.وجه الأولى: قول . النبي صلى

(١) المحرر في الفقه، ٢/١٦٩

الله عليه وسلم .: البينة على المدعي واليمين على من أنكر.ولم يفصل، ولأنه لم يثبت كذبه فيما يدعيه فوجب أن يعدي عليه، كما لو كان بينهما معاملة، ولأنه لو لم يحضره إلا بعد أن يعلم بينهما معاملة أفضى إلى إسقاط أكثر الحقوق، فإن أكثرها تجب بغير بينة، كالغصوب والجنايات، والسرقة والودائع.---ووجه الثانية : ما روي عن جماعة من السلف فروى حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه أن علي بن أبي طالب . رضي الله عنه .كان إذا جاءه الخصمان نظر، فإن كان بينهما مخالطة أو ملابسة استحلف المدعى عليه.وإن لم يكن بينهما خلطة ولا ملابسة لم يستحلف.وروي مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن، عن عمر بن عبد العزيز وهو قول السبعة الفقهاء من أهل المدينة، ولأن من ادعى على خليفة أو قاضي من قضاة المسلمين أنه يشتري منه بنفسه باقة نقل أو جبنا بدانق ونحوه، وحمله بيده بحضرة الناس، فإن العرف والظاهر يمنع من صحة دعواه، لأن فيها إضافة لسقوط المروءة إليه، وذلك مما يقدح في العدالة، وإذا كان ذلك وجب أن يعتبر بالعرف في ذلك، لأنه أصل يرجع إليه في الإحراز، والقبوض، والأثمان ونحو ذلك ما روي عن علي عليه السلام أنه قال: لا يعدى الحاكم على خصم إلا أن يعلم بينهما معاملة.." [1]

" مسألة وفصول : اختلاف المسلم والكافر في ادعاء نسب اللقيط وترجيح دعوى المرأة على الرجل والعكس وإذا ادعى نسبه اثنان فصاعدا وإثبات النسب بالشبه

مسألة : قال : وإذا ادعاه مسلم وكافر أري القافة فبأيهما ألحقوه لحق :

يعني إذا ادعي نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين أحدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر فإن كان المدعي رجلا مسلما حرا لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يديه وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة وإن كان المدعي له عبدا لحق به أيضا لأن لمائه حرمة فلحق به نسبه كالحر وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا يثبت له حضانة لأنه مشغول بخدمة سيده ولا تجب عليه نفقته لأنه لا مال له ولا على سيده لأن الطفل محكوم بحريته فتكون نفقته في بيت المال وإن كان المدعي ذميا لحق به لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك وقال أبو ثور : لا يلحق به لأنه محكوم بإسلامه

---

(١) المسائل الفقهية، ٢/١٣٥

ولنا أنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه وليس في إقراره إضرار بغيره فيثبت إقراره كالمسلم إذا ثبت هذا فإنه يلحق به من النسب لا في الدين ولا حق له في حضانته وقال الشافعي في أحد قوليه : يتبعه في دينه لأن كل ما لحق به نسبه لحق به في دينه كالبينة إلا أنه يحال بينه وبينه

ولنا أن هذا حكم بإسلامه فلا يقبل قول الذمي في كفره كما لو كان معروف النسب ولأنها دعوى تخالف الظاهر فلم تقبل بمجردها كدعوى رقه ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه لأنه يكون إضرارا به فلم تقبل كدعوى الرق إما بمجرد النسب بدون اتباعه في الدين فمصلحة عارية عن الضرر فقبل قوله فيه ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم : الضرر والخزي في الدنيا والآخرة وإن كان المدعي امرأة فاختلف عن أحمد رحمه الله فروي أن دعوتها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين فثبت النسب بدعوتها كالأب ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ولأن في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وإن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما وهذا قول بعض أصحاب الشافعي فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته فإن قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجودا قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر فإن قيل إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة بل إلحاقها بها دون زوجها تطرق للعار إليه وإليها قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعي حقا لا منازع له فيه ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال وهذا متحقق في دعوى المرأة والرواية الثانية : أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعوتها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر وهذا أيضا وجه لأصحاب الشافعي والرواية الثالثة : نقلها الكوسنج عن أحمد في امرأة ادعت ولدا إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة وإن لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ويتضررون بإلحاق النسب بها

لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعوتها بحال وهذا قول الثوري و الشافعي و أبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة فلا يقبل قولها بمجرده كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها

ولنا : أنها أحد الوالدين فأشبهت الأب وإمكان البينة لا يمنع قبول القول كالرجل فإنه تمكنه البينة إن هذا ولد على فراشه وإن كان المدعي أمة فهي كالحرة إلا أننا إذا قبلنا دعوتها في نسبه لم نقبل قولها في رقه لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر

القسم الثاني : أن يدعي نسبه اثنان فصاعدا والكلام في ذلك في فصول أحدها : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد لأن على اللقيط ضررا في إلحاقه بالعبد والذمي فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى كما لو تنازعوا في الحضانة

ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى كالأحرار المسلمين وما ذكروه من الضرر لا يتحقق فإننا لا نحكم برقه ولا كفره ولا يشبه النسب الحضانة بدليل أننا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب قال ابن المنذر : إذا كان عبد امرأته أمة في أيدهما صبي فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته فأقام العبد بينة بدعواه أنه ابنه فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره وقال أصحاب الرأي : يقضى به للعربي للعتق الذي يدخل فيه وكذلك لو كان المدعى من الموالي عبدهم وقولهم هذا غير صحيح لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب بهم سواء

الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان فكان لأحدهما به بينة فهو ابنه وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا ولا يمكن استعمالهما ها هنا لأن استعمالهما في المال إما بقسمته بين المتداعيين ولا سبيل إليه ها هنا وإما بالإقراع بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب فإن قيل فإن ثبوته ها هنا يكون بالبينة لا بالقرعة وإنما القرعة مرجحة قلنا فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء امرأة فأتت بولد يقرع بينهما ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا فإنا نريه القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما هذا قول أنس و عطاء ويزيد بن عبد الملك و الأوزاعي و الليث و الشافعي و أبي ثور وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعيين جميعا لأن الحكم

بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه يوجد بين الأجانب وينفى بين الأقارب ولهذا روي [عن النبي صلى الله عليه و سلم : أن رجلا أتاه فقال : يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال نعم قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم قال : أنى أتاها ذلك ؟ قال لعل عرقا نزع قال : وهذا لعل عرقا نزع] متفق عليه قالوا : ولو كان الشبه كافيا لاكتفى به في ولد الملاعنة وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها [أن النبي صلى الله عليه و سلم دخل عليها يوما مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تري أن محرزا المدلجي نظر آنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ؟] متفق عليه فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي صلى الله عليه و سلم ولا اعتمد عليه ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعا ويدل على ذلك [قول النبي صلى الله عليه و سلم في ولد الملاعنة انظروها فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه إلا قد كذب عليها وإن جاءت به أكحل جعدا جماليا سابغ الإليتين خدلج الساقين فهو للذي رميت به فأتت به على النعت المكروه فقال النبي صلى الله عليه و سلم : لولا الإيمان لكان لي ولها شأن] فقد حكم به النبي صلى الله عليه و سلم للذي أشبهه منهما وقوله : [لولا الإيمان لكان ري ولها شأن] يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الإيمان فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه وكذلك [قول النبي صلى الله عليه و سلم : في ابن أمة زمعة حين رأى به شبها بينا بعتبة بن أبي وقاص احتجبي منه يا سودة] فعمل بالشبه في حجب سودة عنه فإن قيل فالحديثان حجبة عليكم إذ لم يحكم النبي صلى الله عليه و سلم بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة وقال لعبد بن زمعة : [هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر] ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها لشبهه بالمقذوف قلنا إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة لأن الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه إذا خلت عن المعارض وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها بدليل قوله [لولا الإيمان لكان لي ولها شأن] على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب فإن ا لحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عددا وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدرأ بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت **بمجرد الدعوى** ويثبت مع ظهور انتفائه حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه

ولدها فكيف يحتج على نفيه بعدم إقامة الحد ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين وقولهم أن الشبه يجوز وجوده وعدمه قلنا الظاهر وجوده ولهذا [قال النبي صلى الله عليه و سلم : حين قالت أم سلمة أوتري ذلك المرأة ؟ قال : فمن أين يكون الشبه ؟] والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه وعزمه على نفيه لذلك يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس إنكاره وإن ذلك إنما يوجد نادرا وإنما ألحقه النبي صلى الله عليه و سلم به لوجود الفراش وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ولا يجوز تركه من غير دليل ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعف عن إثباته فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وإنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا فإن قيل فههنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن لم تلحقه القافة به قلنا إنما انتفى النسب ههنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا **مجرد الدعوى** وقد عارضها مثلها فسقط حكمها وكان الشبه مرجحا لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها ." (١)

" فصول : الكلام عن القافة وكيفية الإلحاق وفروع في اللقيط

فصل : والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة بل من عرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط محرز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه زيدا قد غطيا رؤوسهما وبدت أقادمهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض وكان إياس بن معاوية المزني قائفا وكذلك قيل في شريح ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الإصابة حرا لأن قوله حكم والحكم تعتبر له هذه الشروط قال القاضي : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن أحلقه بواحد منهم سقط قوله لأنا نتبين خطأه وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به لحق ولو اعتبر بأن يرى صبيا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه علمت إصابته وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز

---

(١) المغني، ٦/٤٢٠

وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهورا بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز

وقد روينا أن رجلا شريفا شك في ولد له من جاريته وأبى أن يستلحقه فمر به إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال : ادع لي أباك فقال له المعلم : ومن أبو هذا ؟ قال فلان قال من أين علمت أنه أبوه ؟ قال : هو أشبه به من الغراب بالغراب فقام المعلم مسرورا إلى أبيه فأعلمه بقول إياس فخرج الرجل وسأل إياسا فقال من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال : سبحان الله وهل يخفى على أحد أنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسر الرجل واستلحق ولده وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين فإن الأثرم روى عنه أنه قيل له إذا قال أحد القافة هو لهذا وقال الآخر : هو لهذا قال لا يقبل قول واحد حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة وقال القاضي : يقبل قول الواحد لأنه حكم ويقبل في الحكم قول واحد وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال : إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا فإن قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أقوى من قول واحد وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع وإن عارض قول الاثنين ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع كما لو كانت إحدى البينتين اثنين والأخرى ثلاثة فأكثر فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقا بالأول لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ومتى حكم الحاكم حكما لم ينتقض بمخالفة غيره له وكذلك إن ألحقته بواحد ثم عادت فألحقته بغيره لذلك فإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط وجود الأصل كالتيمم مع الماء

فصل : وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا رقه لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك **بمجرد الدعوى** من المنفرد وإنما قبلنا قول القائف في النسب للحاجة إلى إثباته ولكونه غير مخالف للظاهر ولهذا اكتفينا فيه **بمجرد الدعوى** من المنفرد ولا حاجة إلى إثبات رقه وكفره وإثباتهما يخالف الظاهر

ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فالحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول لأنه حكم له به فلا يزول **بمجرد الدعوى** فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول لأنها بينة في إلحاق النسب ويزول بها الحكم الثابت **بمجرد الدعوى** كالشهادة

فصل : وإذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور وقال أصحاب الرأي : يلحق بهما بمجرد الدعوى وقال الشافعي : لا يلحق بأكثر من واحد فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما واحتج برواية عن عمر رضي الله عنه أن القافة قالت قد اشتركا فيه فقال عمر : وآل أيهما شئت ولأنه لا يتصور كونه من رجلين فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما

ولنا ما روى سعيد في سننه ثنا سفيان عن يحيى عن سعيد عن سليمان بن يسار [عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما] وبإسناده عن الشعبي قال وعلي يقول : هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر وقال الإمام أحمد : حديث قتادة عن سعيد عن عمر جعله بينهما وقابوس عن أبيه عن علي جعله بينهما وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه قال سعيد : عصبته الباقي منهما وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر إما لعدم ثقتهما وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافه ما يوجب تركه فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما ، شتركا فيه قال أحمد إذا ألحقته القافة بهما ورثهما وورثاه فإن مات أحدهما فهو للباقي منهما ونسبه من الأول قائم لا يزيله شيء ومعنى قوله هو للباقي منهما والله أعلم أنه يرثه ميراث أب كامل كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات

فصل : وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة فنص أحمد في رواية مهنا أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا قال أبو عبد الله بن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وهو قول أبي يوسف لأنا صرنا إلى ذلك للأثر فيقتصر عليه وقال القاضي : لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا

ولنا أن المعنى الذي لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه وإذا جاز أن يلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك وقولهم أن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع وإن سلمناه لكنه

ثبت لمعنى موجود في غيره فيجب تعدية الحكم به كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره والصيد الحرمي وغيرهما من المحرمات لوجود المعنى وهو إبقاء النفس وتخليصها من الهلاك وأما قول من قال إنه يجوز إلحاقه بثلاثة ولا يزاد على ذلك فتحكم فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم

فصل : وإذا لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو تعارضت أقوالها أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده لأن ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوي سوى الالتقاط في المال واللقيط ويضيع نسبه هذا قول أبي بكر وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد إلى أن الابن يخير أيهما أحب وهو قول أبي عبد الله بن حامد قال يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من أحب منهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم : حتى يميز لقول عمر : وال أيهما شئت ولأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ولأنه مجهول نسبه أقر به من هو من أهل الإقرار وصدقه المقر له فيثبت نسبه كما لو انفرد وقال أصحاب الرأي يلحق بالمدعيين **بمجرد الدعوى** لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه فإذا اجتمعا وأمكن العمل بهما وجب كما لو أقر له بمال

ولنا أن دعواهما تعارضتا ولا حجة لواحد منهما فلم تثبت كما لو ادعيا رقه وقولهم يميل طبعه إلى قرابته قلنا إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته فالمعرفة بذلك سبب الميل ولا سبب قبله ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنه قد يميل إلى من أحسن إليه فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها وبغض من أساء إليها وقد يميل إلى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدرا أو جاها أو مالا فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب وقولهم أنه صدق المقر بنسبه قلنا لا يحل له تصديقه فإن النبي صلى الله عليه و سلم لعن من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه وهذا لا يعلم أنه أبوه فلا يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه ويفارق ما إذا انفرد فإن المنفرد ثبت النسب بقوله من غير تصديق وأما قول عمر وال من شئت فلم يثبت ولو ثبت لم يكن فيه حجة فإنه إنما أمره بالموالاة لا بالانتساب وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهم، لو انتسب إلى أحدهما ثم عاد وانتسب إلى الآخر ونفى نسبه من الأول أو لم ينتسب إلى واحد لم يقبل منه لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه فيختار أحدهما ثم يرد الآخر إذا اختاره فإنه لا حكم لقول الصبي وإنما تبع اختياره وشهوته فأشبه ما

لو اشتهى طعاما في يوم ثم اشتهى غيره في يوم آخر وإن قامت للآخر بنسبه بينة عمل بها وبطل انتسابه لأنها تبطل قول القافة الذي هو مقدم على الانتساب فلأن تبطل الانتساب أولى وإن وجدت قافة بعد انتسابه فألحقته بغير من انتسب إليه بطل انتسابه أيضا لأنه أقوى فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة

فصل : وإن ادعت امرأتان نسب ولد فذلك مبني على قبول دعوتهما فإن كانتا ممن لا تقبل دعوتهما لم تسمع دعوتهما وإن كانت إحداهما ممن تسمع دعوتهما دون الأخرى فهو ابن لها كالمنفردة به وإن كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما فهما في إثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين : قال أحمد في رواية بكر بن محمد في يهودية ومسلمة ولدتا فادعت اليهودية ولد المسلم فتوقف فقيل يرى القافة فقال ما أحسنه ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها كوجوده بين الرجل وابنه بل أكثر لاختصاصهما بحمله وتغذيته والكافرة والمسلمة والحرة والأمة في الدعوى واحدة كما قلنا في الرجل وهذا قول أصحاب الشافعي على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعوتهما وإن ألحقته القافة بأمين لم يلحق بهما وبطل قول القافة لأننا نعلم خطأه يقينا وقال أصحاب الرأي يلحق بهما **بمجرد الدعوى** لأن الأم أحد الأبوين فجاز أن يلحق باثنين كالآباء

ولنا أن كونه منهما محال يقينا فلم يجز الحكم به كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما وفارق الرجلين فإن كونه منهما ممكن فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة فيمكن أن يخلق منهما ولد كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة ولذلك قال القائف لعمر قد اشتركا فيه ولا يلزم من إلحاقه بمن يتصور كونه منه إلحاقه بمن يستحيل كونه منه كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله إلحاقه بأصغر منه

فصل : فإن ادعى نسبه رجل وامرأة فلا تنافي بينهما لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما أو وطء شبهة فيلحق بهما جميعا ويكون ابنهما بمجرد دعوتهما كما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة وإن قال الرجل هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجح زوجته على الأخرى ؟ يحتمل وجهين أحدهما : ترجح لأن زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه ويحتمل أن تتساويا لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها فإذا اجتمعتا تساوتا

فصل : وإن ولدت امرأتان ابنا وبنتا فادعت كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت احتمل وجهين أحدهما أن ترى المرأتين القافة مع الولدين فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته به كما لو لم يكن لهما ولد آخر والثاني : أن نعرض لبنيهما على أهل الطب والمعرفة فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في

طبعه وزنته وقد قيل لبن الابن ثقيل ولبن البنت خفيف فيعتبران بطباعهما ووزنهما وما يختلفان به عند أهل المعرفة فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها والبنت للأخرى فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصة وإن تنازعا أحد الولدين وهما جميعا ذكران أو انثيان عرضوا على القافة كما ذكرنا فيما تقدم

فصل : ولو ادعى اللقيط رجلان فقال أحدهما هو ابني وقال الآخر هو ابنتي نظرنا فإن كان ابنا فهو لمدعيه وإن كانت بنتا فهي لمدعيها لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه وإن كان خنثى مشكلا أري القافة معهما لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى لأن بينة الكاذب منهما كاذبة وجودها كعدمها والأخرى صادقة فيتعين الحكم بها

فصل : وإذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب بمثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر أو يطأ رجل امرأة آخر أو أمته بشبهة في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه بأن يجدها على فراشه فيظنها زوجته أو أمته أو يدعو زوجته في ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو جاريته أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجا فاسدا أو يكون نكاح أحدهما صحيحا والآخر فاسدا مثل أن يطلق رجل امرأته فنكحها آخر في عدتها ووطئها أو يبيع جارية فيطؤها المشتري قبل استبرائها وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط

فصل : وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار فإن لم تكن له بينة فلا شيء له لأنها دعوى تخالف الظاهر وتخالف دعوى النسب من وجهين أحدهما : أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ودعوى الرق مخالفة له والثاني : أن دعوى النسب نثبت بها حقا للقيط ودعوى الرق نثبت حقا عليه فلم تقبل بمجردها كما لو ادعى رق غير اللقيط فإذا لم تكن له بينة سقطت الدعوى وإن كانت له بينة لم تخل إما أن تشهد باليد أو بالملك أو بالولادة فإن شهدت بالملك أو باليد لم تقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وإن شهدت بالولادة قبل فيه امرأة واحدة أو رجل واحد لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ثم ننظر فإن شهدت البينة باليد فإن كانت للملتقط لم يثبت بها ملك لأننا عرفنا سبب يده فإن كانت لأجنبي حكم له باليد والقول قوله مع يمينه في الملك وإن شهدت بالملك فقالت نشهد أنه عبده أو مملوكه حكم بها وإن لم تذكر سبب الملك كما لو شهدت بملك دار أو ثوب فإن

شهدت بأن أمته ولدته في ملكه حكم له به لأن أمته لا تلد في ملكه إلا ملكه وإن شهدت أنه ابن أمته أو إن أمته ولدته ولم تقل في ملكه احتمل أن يثبت له الملك بذلك كقولها في ملكه لأن أمته ملكه فنماؤها ملكه كسمنها واحتمل أن لا يثبت الملك لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها فلا تكون له وهو ابن أمته

فصل : وإن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع كلف إجابته فإن أنكر ولا بينة للمدعي لم تقبل دعواه وإن كانت له بينة حكم له بها فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لأنه بان أنه تصرف بغير إذن سيده وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في إبطاله وإن لم يكن اعترف بالحرية احتمل وجهين أحدهما : يقبل وهو قول أصحاب الرأي لأنه مجهول الحال أقر بالرق فيقبل كما لو قدم رجلان من دار الحرب فأقر أحدهما للآخر بالرق كما لو أقر بقصاص أو حد فإنه يقبل وإن تضمن ذلك فوات نفسه ويحتمل أن لا يقبل وهو الصحيح لأنه يبطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ولأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما ذكرنا ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ولا حريتها ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل ولم يتجدد له رق بعد التقاطه فكان إقراره باطلا وهذا قول القاسم و ابن المنذر و للشافعي وجهان كما ذكرنا فإن قلنا يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيا عليه دون ماله وبهذا قال أبو حنيفة و المزني وهو أحد قولي الشافعي لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه فوجب أن يثبت ما عليه دون ما له كما لو قال لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ما له كالبينة ولأن هذه الأحكام تبع للرق فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع كما لو شهدت امرأة بالولادة تثبت ويثبت النسب تبعا لها وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه فهو كما لو أقر به جوابا وإن كذبه بطل إقراره ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز وقال بعض أصحابنا يتوجه أن لا يسمع إقراره الثاني لأن إقراره الأول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر فإذا بطل إقراره برد المقر له بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره فلم يقبل إقراره بما نفاه كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق

ولنا أنه إقرار لم يقبله المقر له فلم يمنع إقراره ثانيا كما لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول وفارق الإقرار بالحرية فإن إقراره بها لم يبطل ولم يرد

فصل : إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى فإن كان ذكرا فإن كان قبل الدخول فسد نكاحه في حقه لأنه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ولها عليه نصف المهر لأنه حق عليه فلم يسقط بقوله وإن كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضا ولها عليه المهر جميعه لما ذكرنا لأن الزوج يملك الطلاق فإذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته وولده حر تابع لأمه وإن كان متزوجا بأمة فولده لسيدها ويتعلق المهر برقبته لأن ذلك من جناياته ويفديه سيده أو يسلمه وإن كان في يده كسب استوفى المهر منه لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى امرأته فلا ينقطع حقها منه بإقراره وإن قلنا يقبل قوله في جميع الأحكام فالنكاح فاسد لكونه تزوج بغير إذن سيده ويفرق بينهما ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولا بها وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمى جميعه في إحدى الروايتين والأخرى خمساه وإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقه وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها والنكاح الفاسد لا يجب المهر فيه إلا بالدخول وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ولسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل لأن المسمى إن كان أقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه وقولها غير مقبول في حقه وإن كان الأقل مهر المثل فهي وسيدها يقران بفساد النكاح وأن الواجب مهر المثل فلا يجب أكثر منه إلا على الرواية التي يجب فيها المسمى في النكاح الفاسد فيجب ههنا المسمى قل أو كثر لاعتراف الزوج بوجوبه وأما الأولاد فأحرار ولا تجب قيمتهم لأنه لو وجب لوجب بقولها ولا يجب بقولها حق على غيرها ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج قد ثبت أنها أمة ولدها رقيق لسيدها فإن اخترت المقام على ذلك فأقم وإن شئت ففارقها وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر في استدامة العقد إنما تعتبر في ابتدائه فإن قيل فقد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من ثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليه أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها فإن طلقها اعتدت عدة الحرة لأن عدة الطلاق حق للزوج بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول وسببها النكاح السابق فلا يقبل قولها في تنقيصها وإن مات اعتدت عدة الأمة لأن المغلب فيها حق الله تعالى بدليل وجوبها قبل الدخول فقبل قولها فيها ومن قال بقبول قولها في جميع الأحكام فهذه أمة قد تزوجت بغير إذن سيدها فنكاحها فاسد ويفرق بينهما وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها

وجب لها مهر أمة نكحت بغير إذن سيدها على ما ذكر في موضعه وهل ذلك مهر المثل أو المسمى ؟ فيه روايتان وتعتد حيضتين لأنه وطء في نكاح فاسد وأولاده أحرار لاعتقاده حريتها فإنه مغرور بحريتها وعليه قيمتهم يوم الوضع وإن مات عنها لم تجب عدة الوفاة

فصل : وإن كان قد تصرف ببيع أو شراء فتصرفه صحيح وما عليه من الحقوق والأثمان يؤدى مما في يديه وما فضل عليه ففي ذمته لأن معامله لا يعترف برقه ومن قال بقبول إقراره في جميع الأحكام قال بفساد عقوده كلها وأوجب رد الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية وإن كانت تالفة وجبت قيمتها في رقبته إن قلنا إنما استدان العبد بغير إذن سيده فهو في رقبته وإن قلنا بأن استدانة العبد في ذمته فهذا كذلك ويتبع به بعد العتق لأنه ثبت رضا صاحبه

فصل : وإن كان قد جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حرا كان المجني عليه أو عبدا لأن إقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيما إذا كان المجني عليه عبدا أو حرا فقبل إقراره فيه وإن كانت الجناية خطأ تعلق ارشها برقبته لأن ذلك مضر به فإن كان ارشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة لأن ذلك يضر بالمجني عليه فلا يقبل قوله فيه وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجبا للمجني عليه فلا يقبل قوله في إسقاطه وإن جني عليه جناية موجبة للقود وكان الجاني حرا سقط لأن الحر لا يقاد منه للعبد وقد أقر المجني عليه بما يسقط القصاص وإن كانت موجبة لمال يقل بالرق وجب أقل الأمرين وإن كان مساويا للواجب قبل الإقرار وجب ويدفع الواجب إلى سيده وإن كان الواجب يكثر لكون قيمته عبدا أكثر من ديته حرا لم يجب إلا ارش الجناية على الحر ومن قبل قوله في الأحكام كلها أوجب ارش الجناية على العبد وإن كان الارش تحمله العاقلة إذا كان حرا سقط عن العاقلة ولم يجب على الجانب لأن إقراره بالرق يتضمن إقراره بالسقوط عن العاقلة ولم يقبل في إيجابه على الجاني فسقط وقيل لا يتحول عن العاقلة ومن قال لا يقبل إقراره في الأحكام كلها أوجب الارش على الجاني ." (١)

" مسائل و فصول

---

(١) المغني، ٦/٤٢٨

مسألة : قال : وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه أن يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضا فهو رقيق

في هذه المسألة فصول ستة :

الفصل الأول : أن النكاح لا يفسد بالغرور وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يفسد لأنه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار

ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما قال زوجتك هذه البيضاء فإذا هي سوداء أو هذه الحسناء فإذا هي شوهاء وكذا يقول في الأصل الذي ذكره أن العقد الذي ذكروه صحيح لأن المعقود عليه العين المشار إليها وإن سلمناه فالفرق بينهما من وجهين أحدهما : أن ثم فاتت الذات فإن ذات الفرس غير ذات الحمار وههنا اختلفا في الصفات والثاني : أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

الفصل الثاني : أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لأنه اعتقد حريتها فكان أولاده أحرارا لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها

الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما وهو قول مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤهم لأن الولد ينعقد حر الأصل فلم يضمنه لسيد الأمة لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له افد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيرة بين فدائهم وبين تركهم رقيقا لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها وقال الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدي ولده وقال إسحاق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قول أول لأبي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به ولأنه نماء الأمة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاده الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : في وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور و الثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لأنه انما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم الا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه لأنه فات رقه من حينئذ ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فإن قيل فقد كان محكوما بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والإطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

المسألة الثانية : في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات إحداهن : بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي صلى الله عليه و سلم من أعتق شقصا من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه

والثانية : يضمنهم بمثلهم عبيدا الذكر بذكر والأنثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين دينارا ولأن ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريبا لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر

الثالثة : هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لأنهما جميعا يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الإسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيها أعطى أجزأه ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحاقه بغيره من المضمونان فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونان المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

المسألة الثالثة : فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك و الثوري و أبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لأنه لا قيمة له

الفصل الرابع : في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا فإن كان يجوز له نكاح الإماء وقد نكحها صحيحا فلها المسمى وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لأن الفسخ تعذر من جهتها فعي كالمعيبة يفسخ نكاحها وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فإن دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

الفصل الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الأولاد وهذا اختاره الخرقي ورواية عن احمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم والرواية الأخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري و ابو ثور وأصحاب الرأي و الشافعي في الجديد لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى مغصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فإنها لم تحصل في مقابلة عوض لأنها وجبت بحرية الولد وحرية الولد للولد لا لأبيه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لأن أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها كما بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال هي حرة عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضا وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام احمد أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد فإنه قال إذا جاءت الأمة فقالت إني حرة فولت أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فكاك ولده على الأب لأنه لم يغره أحد وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره يروى هذا عن علي و إبراهيم و حماد وكذلك قال الشعبي وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها

أو يسلمها فإن اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فإنه لا فائدة في أن نوجيه عليه ثم نرده إليه وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال : لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولأن الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الغرور من إثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصف والله أعلم

الفصل السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء وهو ممن يجد الطول أو لا يخشى العنت فإنه يفرق بينهما لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقي فرضي بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لأنه يملك الطلاق

ولنا أنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالآخر لأن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضررا في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الإماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها يعتقد حريتها

فصل : والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء

ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا بإعتقاد الوطء فإن كانت مكاتبة فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها فإن كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

فصل : ولا يثبت أنها أمة **بمجرد الدعوى** فإن اقام بذلك بينة ثبت وإن أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بإقرارها وذلك لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والأول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

فصل : إذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لأن هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطيء فوت ذلك عليه بإعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

فصل : إذا تزوجت المرأة عبدا على أنه حر فالنكاح صحي وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان ذلك بإذن سيده وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو إن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فإن اختارت امضاءه فلأوليائها الإعتراض عليها لعدم الكفاءة وإن كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضا لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وإن كان بعده فلها المسمى لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق

فصل : فإن غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلا بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الإعتراض عليها وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير النسب فإن كان مما يعتبر في الكفاءة

فهو كما لو تبين أنه غير مكافىء لها في النسب وإن لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذكر فيما إذا بان نسبة دون ما ذكر وجه في ثبوت الخيار لها أن لم يخل بالكفاة والأولى ما ذكرناه والله أعلم ." (١)

" فصل حكم ما لو قتل رجلا وادعى أنه وجد مع زوجته

فصل : وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت **بمجرد الدعوى** وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر : ما يقولون ؟ فقال يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امر أتي فإن كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال : إن عادوا فعد رواه سعيد في سننه وروى عن الزبير أنه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئا فألقى إليهما طعاما كان معه فقالا : خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصا أو في حد يوجب قتله وإن ثبت ذلك ببينة فكذلك ." (٢)

" مسألة : ان لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء

مسألة : قال : فان لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء

---

(١) المغني، ٤١٣/٧

(٢) المغني، ٣٣٧/٩

هذا ظاهر المذهب وبه قال يحيى بن سعيد الأنصاري و ربيعة و أبو الزناد و مالك و الليث و الشافعي و أبو الثور وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية لقضية عمر وخبر سليمان بن يسار وهو قول أصحاب الرأي

ولنا قول النبي صلى اله عليه وسلم : [فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم] أي يتبرؤون منكم وفي لفظ قال : [فيحلفون خمسين يمينا ويبرؤون من دمه] وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يغرم اليهود وانه أداها من عنده ولأنها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الأيمان ولأن ذلك اعطاء **بمجرد الدعوى** فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل فإن قول الانسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال وسائر الحقوق ولأن في ذلك جمعا بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق ." (١)

" فصل : كم وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه

فصل : وإذا وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية لما روي أن عمر رضي عنه بينما هو يتغذى يوما إذا أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا : يا أمير المومنين إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال : ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف فان كان بينهما أحد فقد قتله فقال لهم عمر : ما يقول ؟ قالوا : ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر : إن عادوا فعد رواه هشيم عن مغيرة عن ابراهيم أخرجه سعيد وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها وان كانت مكرهة فعليه القصاص وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته فانكر وليه فالقول قول الولي لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته فاذا مع امرأته رجل فقتلها وقتله قال علي : ان جاء بأربعة شهداء وإلا فليعط برمته ورأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل **بمجرد الدعوى** واختلفت الرواية في البينة فروي أنها أربعة شهداء لخبر علي ولما روى أبو هريرة [أن سعدا قال : يا رسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي باربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه و سلم : نعم] وروي أنه يكفي شاهدان لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين وإنما الذي يحتاج إلى الأربعة الزنا وهذا لا يحتاج إلى إثبات الزنا فان قيل : فحديث عمر في الذي وجد مع امرأته رجلا ليس فيه بينة وكذلك

---

(١) المغني، ١٠/٢٠

روي أن رجلا من المسلمين خرج غازيا وأوصى بأهله رجلا فبلغ الرجل أن يهوديا يختلف الى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد :

(وأشعث غره الاسلام مني ... خلوت بعرسه ليل التمام)

(أبيت على ترائبها ويضحى ... على جرداء لاحقة الحزام)

(كأن مواضع الرتلات منها ... فئام ينهضون إلى فئام)

فقام اليه فقتله فرفع ذلك الى عمر فأهدر دمه ولم يطالب فالجواب ان ذلك ثبت عنده باقرار الولي وإن لم تكن بينة فادعى علم الولي بذلك فالقول قول الولي مع يمينه ." (١)

" حكم ما لو كان في يده دار فادعاها رجل فأقر بها لغيره

مسألة : قال : ولو كان في يده دار فادعاها رجل فأقر بها لغيره فإن كان المقر له بها حاضرا جعل الخصم فيها وإن كان غائبا وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي ببينته وكان الغائب على خصومته متى حضر

وجملته أن الإنسان إذا ادعى دارا في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي إنما هي لفلان وكان المقر له بها حاضرا سئل عن ذلك فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لأن من هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده وإقرارالإنسان بما في يده إقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فإن كانت للمدعي بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه وإن قال للمدعي : احلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده أنه لا يعلم أنها لي فعليه اليمين لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال : هذه العين لزيد ثم قال هي لعمرو فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار فإن رد المقرله الإقرار وقال ليست لي وإنما هي للمدعي وحكم له بها وإن لم يقل للمدعي ولكن قال : ليست لي فإن كانت للمدعي بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان

أحدهما : تدفع إلى المدعي لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ولأن من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لها أولى

والثاني : لا تدفع إليه لأنه لم يثبت لها مستحق لأن المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي والأول أولى لما ذكرنا من

---

(١) المغني، ٣٤٨/١٠

دليله ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أن المدعي يحلف أنها له وتسلم إليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذ نكل المدعى عليه وإن قال المقر له : هي لثالث انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد لأنه أقر له بها من اليد له حكما وأما إن أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلا وقصيبنا عليك فإن أصر قضي عليه بالنكول وإن اقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فإن لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب **بمجرد الدعوى** ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه فإن قال المدعي : احلفوا لي المدعى عليه أحلفناه لما تقدم وإن أقر بها للمدعي لم تسلم إليه لأنه اعترف أنها لغيره ويلزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره وإن كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعي وإن أقام بينة أنه ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فإن قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وإنما سمعها الحاكم لما فيها من فائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لي ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل وأن للمودع المخاصمة في الوديعة إذا غصبت ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي إذا لم تعارضها بينة أخرى فإن ادعى من هي في يده أنها معه بإجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين : أحدهما : أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك المؤجر بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها والثاني : أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق فإنه يقضي بها وجها واحدا ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ما ذكرنا ." (١)

"وإلا لا.أشباه (وشرطها) أي شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضي على غائب وهل يحضره **بمجرد الدعوى؟** إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم، وإلا فحتى يبرهن أو يحلف.منية

---

(١) المغني، ١٢/٢٠٢

(ومعلومية) المال (المدعي) إذ لا يقضي بمجهول، ولا يقال مدعي فيه وبه إلا أن يتضمن الاخبار.(و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثا (وكون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني، وظهوره في المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه، فالظاهر عدم سماعها.بحر.وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعي عليه بلا أو بنعم، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس.اختيار.وسنحققه، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولا في يد الخصم ذكر) المدعي (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه." (١)

"وإلا لا.أشباه (وشرطها) أي شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضي على غائب وهل يحضره **بمجرد الدعوى؟** إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم، وإلا فحتى يبرهن أو يحلف.منية (ومعلومية) المال (المدعي) إذ لا يقضي بمجهول، ولا يقال مدعي فيه وبه إلا أن يتضمن الاخبار.(و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثا (وكون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني، وظهوره في المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه، فالظاهر عدم سماعها.بحر.وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعي عليه بلا أو بنعم، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس.اختيار.وسنحققه، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولا في يد الخصم ذكر) المدعي (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه." (٢)

"نهر صغير) هو ما يستحق به الشفعة (على أهله) لاختصاصهم به (ولو كانت البرية مملوكة) أو وقفا (لاحد) كما مر وسيجئ (أو كانت قريبة من القرية) أو الاخبية أو الفسطاط بحيث يسمع منه الصوت (تجب على المالك) أو ذي اليد (أو على أهل القرية) أو أقرب الاخبية.زيلعي (ولو محتبسا بالشط) أو

---

(١) الدر المختار، ٥/٩٤

(٢) الدر المختار، ٦/٩٤

بالجزيرة أو مربوطا أو ملقى على الشط (فعلى أقرب) المواضع إليه في من القرى والامصار.زاد في الخانية: والاراضي، وأقره المصنف (إذا كان يصل صوت أهل الارض والقرى إليه وإلا لا) كما مر (وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أي تفرقوا (عن قتيل فعلى أهل المحلة) لان حفظها عليهم (إلا أن يدعي الولي على أولئك أو) يدعي (على) بعض (معين منهم) فلم يكن على أهل المحلة شئ ولا على أولئك حتى يبرهن، لان **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق، وبرئ أهل المحلة لان قوله حجة عليه (ومستحلف) على صيغة اسم المفعول.قال قتله زيد حلف بالله ما قتدت ولا عرفت له قاتلا غير زيد) ولا يقبل قوله في حق من يزعم أنه قتله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة بقتل غيرهم) خلافا لهما (أو) بقتل (واحد منهم)." (١)

"فلا يقضى على غائب وهل يحضره **بمجرد الدعوى** إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله؟ نعم، وإلا فحتى يبرهن أو يحلف." (٢)

"لانه أخبر بما لا يشهد له الظاهر به، وبما ليس معه علامة يستدل به على صدقه.فلو أعطى شيئا إنما يعطى **بمجرد الدعوى**.وذلك لا يجوز بالنص.١٢١٧ - ولو كان الامير قال حين انهزم: من جاء برأس فله مئة درهم.فهذا أيضا على رؤوس الرجال.لان في انهزام المسلمين في آثارهم يقتلونهم، فالظاهر أن المراد التحريض على الاتباع والقتل.ولو قال الامام: عنيت السبى لم يلتفت إلى قوله.لانه أضمر خلاف ما أظهر، ولا طريق لهم إلى معرفة ما في ضميره.فإنما يبنى الحكم في حقهم على ما أظهر وعلى ما عليه الغالب من الامور، إلا أن يبين فيقول: من جاء برأس من السبى فله كذا.١٢١٨ - وإن كانوا قد انهزموا وتفرقوا وكف المسلمون عن القتل، وقال الامير: من جاء برأس فله كذا فهذا على السبى.لانه قد انقضى وقت القتال.وإنما الآن وقت جمع الغنائم.فعرفنا أن مراده التحريض على الطلب والجمع.وإن قال: عنيت به رأس القتيل لم يلتفت إلى قوله، لما بينا أن الحكم يبنى على ما هو الغالب من المراد في كل فصل.١٢١٩ - ولو قال في حالة القتال: من جاء برأسين فله أحدهما.فهذا على السبى.لانه ملكه بعض ما يأتي به.وذلك إنما يتحقق في السبى لا في رأس القتيل، فإنه جيفة لا يحتمل التمليك ولا يحصل به معنى التحريض.بخلاف." (٣)

---

(١) الدر المختار، ٢١٢/٧

(٢) الدر المختار، ١٢/٨

(٣) السير الكبير، ٧١٣/٢

"(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة .وقال الشافعي : لا يسقط **بمجرد الدعوى** لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد .ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق **بمجرد الدعوى** للاحتمال ، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرارs(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة) وإنما فسره بذلك احترازا عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعي : لا يسقط **بمجرد الدعوى** لإفضائه إلى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك .ولنا أن الشبهة دارئة و) الشبهة (تتحقق **بمجرد الدعوى**) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) إنه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الإقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر إلا ويتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبرا في إيراث الشبهة فكذا هذا ، وفيه نظر لأن الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة .والجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فهما سواء .." (١)

".قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل ، لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه **بمجرد الدعوى** حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة .قال (فإن فعل وإلا أمر بملازمته) كي لا يذهب حقه (إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي) وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .s." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٩١/٧

(٢) العناية شرح الهداية، ٢٩٠/١١

"قال (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة إلخ) وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فإما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا ، فإن كان مقيما قيل له أعطه كفيلا عن نفسك ثلاثة أيام ، فإن فعل وإلا أمر بملازمته .أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم .وأما جواز التكفيل فهو استحسان ، والقياس يأباه قبل إقامة الحجة .ووجه ذلك أن الحضور **بمجرد الدعوى** مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالإعداء والحيلولة بينه وبين أشغاله .وأما التقدير بثلاثة أيام فمروي عن أبي حنيفة من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح .وروي عن محمد أنه قال : إذا كان معروفا والظاهر أنه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك ، وإن سمحت نفسه بذلك يؤخذ ، وكذا إذا كان المدعى به حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه ، وأما الأمر بالملازمة فلئلا يضيع حقه ، فإن قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ، والغائب كالهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يئوب ، وإن كان مسافرا فالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي ، إذ ليس فيه كبير ضرر ، وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر ، وكيفية الملازمة ستذكر في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .." (١)

"(باب التحالف) : قال : (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات .(وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع ، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع) لأن المقصود قطع المنازعة ، وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به (فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر) وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس ، لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره ، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر فيحلف ؛ فأما بعد

---

(١) العناية شرح الهداية، ١١/٢٩١

القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه ، لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ﴾ .s." [1]

"باب التحالف) راعى الترتيب الطبيعي فأخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع (إذا اختلف المتبايعان في البيع) فادعى المشتري أنه اشتراه بمائة وادعى البائع أنه باعه بمائة وخمسين أو اعترف البائع بأن المبيع كر من حنطة وقال المشتري هو كران ، فمن أقام البينة قضي له بها ، لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى** ، والبينة أقوى منها لأنها توجب الحكم على القاضي **ومجرد الدعوى** لا يوجبه ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البينات للإثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان أكثر إثباتا ، ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا وأقام بينة فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار .وقيل هذا قول أبي حنيفة آخرا ، وكان يقول أولا وهو قول زفر : يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا ، وإن كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فهي لمن الاتفاق على قوله وهو البائع ، لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما ، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه أولى بالقبول ، وإن لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع." [2]

"قال (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه ، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه .sوقوله (فأجلوا عن قتيل) أي : انكشفوا عنه وانفرجوا ، وقوله (لأن القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ لا

---

(١) العناية شرح الهداية، ١١/٣٠٥

(٢) العناية شرح الهداية، ١١/٣٠٦

صدقة إلا عن ظهر غنى ﴾ أي : صادرة عن غنى .فإن قيل : الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة ، وأنه من خصمائه .أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم .وقوله (لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق) أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه : أي في أوائل باب القسامة ، وأوله قوله صلى الله عليه وسلم ﴿ لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ﴾ لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق .." [1]

" قال الإمام الإسبيجابي الأصل أنه متى ادعى شبهة وأقام البينة عليها سقط الحد **فبمجرد الدعوى** يسقط أيضا إلا أن الإكراه لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الإكراه كذا في البحر الرائق والشبهة في الفعل في وطء المطلقة ثلاثا في العدة ولو طلقها ثلاثا ثم راجعها ثم وطئها بعد مضي المدة يحد إجماعا وأم الولد إذا أعتقها سيدها والمختلعة والمطلقة على مال في العدة بمنزلة المطلقة ثلاثا في العدة لثبوت الحرمة إجماعا ووطء أمة أبيه وأمه كذا في الكافي وكذا وطء جارية جده وجدته وإن عليا هكذا في فتح القدير وفي وطء أمة زوجته وسيده وفي وطء المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود كذا في الكافي وهو المختار كذا في التبيين والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن كذا في فتح القدير وإن ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر ذلك لم يحدا حتى يقرا أنهما علما بالحرمة كذا في الكافي ولو كان أحدهما غائبا فقال الحاضر علمت أنها علي حرام حد الحاضر كذا في فتاوى قاضي خان وإن وطئ أمة أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد وكذا في سائر المحارم سوى الولاد كذا في الكافي وكذا إذا وطئ جارية ذات محرم من امرأته كذا في السراج الوهاج ولو وطئ الجارية المستعارة يلزمه الحد وإن قال ظننت أنها تحل لي كذا في محيط السرخسي وكذا لو وطئ الجارية المستأجرة للخدمة وجارية الوديعة هكذا في السراج الوهاج وكذا الرجل إذا زنى بامرأة الأب أو الجد يحد وإن قال ظننت أنها تحل لي كذا في فتاوى قاضي خان والمرأة لو مكنت من عبدها تحد وكذا رب الدين وطئ جارية المديون من التركة كذا في العتابية والشبهة في المحل في وطء أمة ولده وولد ولده كذا في الكافي سواء كان ولده حيا أو ميتا هكذا في العتابية ثم إن حبلت يثبت النسب من الأب ولا يجب العقر وإن لم تحبل فعلى الأب العقر ولا يثبت الملك فيها والجد كالأب ولكن لا يثبت نسبه عند قيام الأب وفي وطء المعتدة بالكنايات ووطء الأمة المبيعة

---

(١) العناية شرح الهداية، ٧/١٦

في حق البائع قبل التسليم كذا في الكافي وكذا في وطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته ووطء الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج ووطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره هكذا في التبيين إذا أعتق أحد الشريكين الجارية فإن ضمن لشريكه ثم وطئها لا يحد وإن وطئها الشريك يحد وإن سعت فإن وطئها المعتق يحد وإن وطئها الشريك الآخر لا يحد كذا في خزانة المفتين وكذلك الجواب فيما إذا كان جميع الأمة له وقد أعتق نصفها ثم وطئ بعد ذلك لا حد عليه في قولهم جميعا كذا في المحيط وإذا أعتق أمته وهو يطؤها ثم نزع وعاد في ذلك المجلس لا يحد كذا في خزانة المفتين ولو ارتدت المرأة والعياذ بالله وحرمت عليه أو حرمت بجماع أمها أو ابنتها أو بمطاوعة ابن الزوج ثم جامعها وقال علمت أنها علي حرام لا حد عليه وكذا لو تـزوج خمسا في عقدة أو تزوج الخامسة في نكاح الأربع أو تزوج بأخت امرأته أو بأمها فجامعها وقال علمت أنها علي حرام أو تزوجها متعة لا يجب الحد في هذه الوجوه وإن قال علمت أنها علي حرام كذا في فتاوى قاضي خان ولو وطئ رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد أن خرجت الغنائم إلى دار الإسلام فلا حد عليه وإن قال علمت أنها علي حرام وكذلك إن كان في دار الحرب أيضا كذا في السراج الوهاج والشبهة في العقد في وطء محرم تزوجها فإنه لا حد عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن يوجع عقوبة إن علم بذلك وعندهما يحد إن علم بالحرمة وإن لم يعلم فلا حد عليه كذا في الكافي وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وعليه الفتوى كذا في المضمرات قال الإسبيجابي والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في النهر الفائق ومنكوحة الغير ومعتدته ومطلقة

". (١)

" الحكم فهو علي فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه وهذا إذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب فأما إذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاض شافعي المذهب لا يؤخذ به وفي زماننا يجب أن يصح التعيين كذا في محيط السرخسي رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوبا فأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه وقال للكفيل إن لم ترده علي غدا فعليك من قيمة الثوب عشرة دراهم فقال الكفيل لا بل عشرون درهما فسكت المكفول له قال محمد رحمه الله تعالى في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقولنا لا يلزمه

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٤٨/٢

إلا عشرة دراهم كذا في فتاوى قاضي خان رجل له على رجل مائة درهم فجاء إنسان وكفل بنفس من عليه المائة على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة التي له عليه صحت الكفالتان ثم إذا لم يواف به غدا يصير كفيلا بالمائة وتبقى الكفالة بالنفس على حالها فإن أدى الكفيل المائة بعد ذلك إلى الطالب لا يبرأ عن الكفالة بالنفس كذا في خزانة المفتين لو كفل بنفس رجل وجاء آخر وكفل بنفس الكفيل على أنه إن لم يواف بنفس الكفيل في وقت كذا فالمال الذي للطالب على المكفول عنه الأول عليه صحت الكفالتان بلا خلاف إذا كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فالألف التي للطالب على المكفول به علي والطالب يدعي على المكفول عنه مائة دينار ولا يدعى عليه الدراهم فلم يواف به غدا لا يجب على الكفيل شيء من المال كذا في الذخيرة وفي المنتقى إذا كفل رجل بنفس رجل على أن المكفول بنفسه إن غاب عنه الكفيل فهو ضامن لما عليه فغاب المكفول بنفسه إلى الكوفة ثم رجع ودفعه الكفيل إلى الطالب فالمال على الكفيل كذا في المحيط رجل كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب عليه ولم يواف به غدا وادعى الطالب عليه ألف درهم وصدقه المطلوب وجحدها الكفيل كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم كذا في فتاوى قاضي خان ولو أقام الطالب البينة على ذلك أو نكل الكفيل لزم الكفيل الألف هكذا في المحيط ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه من المال ما أقر به المطلوب ولم يواف به الغد وأقر المطلوب أن له عليه ألف درهم كان الكفيل ضامنا لما أقر كذا في فتاوى قاضي خان والفرق أن في مسألة الإقرار الكفالة أضيفت إلى ما هو سبب الوجود من كل وجه وهي جائزة للتعامل أما في مسألة الدعوى فالكفالة أضيفت إلى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه لأن الدعوى إن كانت سبب الوجوب في حق المدعي ليست بسبب الوجوب في حق المدعى عليه ولا تعامل في إضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب من وجه فيرد إلى ما يقتضيه القياس ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لو جعلناها مضافة إلى **مجرد الدعوى** فجعلناها مضافة إلى دعوى يثبتها الطالب بالحجة حتى تصير سببا للوجوب من كل وجه حتى لا تغلو هذه الإضافة أصلا كذا في الذخيرة لو كفل رجل بنفس

". (١)

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣/٢٧٤

" في المصر وأنه على وجهين أيضا الأول أن يكون المدعى عليه رجلا صحيحا أو امرأة صحيحة برزة تخالط الرجال وفي هذا الوجه القياس أن لا يعديه وفي الاستحسان يعديه والأعداء على نوعين أحدهما أن يذهب القاضي بنفسه والثاني أن يبعث من يحضره ورسول الله صلى الله عليه وسلم فعل كلا النوعين إلا أن في زماننا القاضي لا يذهب بنفسه الوجه الثاني من هذا الوجه وهو ما إذا كان المدعى عليه في المصر إلا أنه يكون المدعى عليه مريضا أو امرأة مخدرة وهي التي لم يعهد لها الخروج فالقاضي لا يعديهما وتكلم المشايخ في مقدار المرض الذي لا يعديه القاضي قال بعضهم أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه والمشي على قدميه ولو حمل أو ركب على أيدي الناس يزداد مرضه وقال بعضهم أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه وإن كان يمكنه الحضور بالركوب وحمل الناس من غير أن يزداد مرضه وهذا القول أرفق وأصح ثم إذا لم يحضرهما يعني المريض والمخدرة ماذا يصنع القاضي فالمسألة على وجهين إن كان القاضي مأذونا بالاستحلاف يبعث خليفته إليهما فيقضي بينهما وبين خصومهما وإن لم يكن القاضي مأذونا بالاستخلاف يبعث القاضي إليه أمينا من أمنائه فقيها ويبعث معه شاهدين عدلين حتى يخبرا القاضي بما جرى كذا في الذخيرة وإنما يبعث شاهدين ممن يعرفان المرأة والمريض كذا في المحيط وينبغي للقاضي إذا بعث الأمين بين له صورة الاستحلاف وكيفيته حتى إذا أنكر المدعى عليه حلفه على ما هو رأي القاضي والناس مختلفون في كيفية الاستحلاف ولهذا قال يبين له ذلك ثم إذا ذهبوا إلى المدعى عليه فالأمين يخبره بما ادعي عليه فإن أقر بذلك أشهد عليه شاهدين بما أقر به وأمره أن يوكل وكيلا يحضر معه مجلس القضاء ليشهد عليه شاهدان بما أقر به بحضرة وكيله فيقضي القاضي عليه بحضرة وكيله وإن أنكر فالأمين يقول للمدعي ألك بينة فإن قال نعم يأمر المدعى عليه أن يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس القاضي وتقام عليه البينة بحضرة وكيله وإن قال ليس لي بينة فالأمين يحلف المدعى عليه فإن حلف أخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى يمنع المدعي من الدعوى إلى أن يجد بينة وإن نكل عن اليمين ثلاث مرات أمره الأمين أن يوكل وكيلا يحضر مع خصمه مجلس الحكم ويشهد عليه الشاهدين بنكوله ويقضي القاضي عليه بالنكول هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي هذا إذا كان المدعى عليه في المصر فأما إذا كان المدعى عليه خارج المصر وهو الوجه الثاني من هذا الفصل وأنه على وجهين أيضا الأول أن يكون قريبا من المصر والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان في المصر فيعديه **بمجرد الدعوى** استحسانا وإن كان بعيدا عن المصر وهو الوجه الثاني لا يعديه والفاصل بين القريب والبعيد أنه إذا كان بحيث لو ابتكر

". (١)

" أنهما حران فقبل شهادتهما كان ذلك حسنا كذا في خزانة المفتين وذكر في شهادات الأصل أن القاضي إذا اكتفى بالأخبار فحسن وإن طلب على ذلك بينة فهو أحب وأحسن كذا في المحيط وينبغي للقاضي أن يكتب ذكر أسامي من عدل في السجل ولا ينبغي أن يكتب أسماء جميع الشهود أولا ثم اسم من عدل والعدل أن يحترز عن الفواحش التي فيها الحدود كذا في خزانة المفتين الباب الثاني والعشرون فيما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي عدل وما لا يضعه إذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها وطلبت من القاضي أن يضعها على يدي عدل لتجيء بالشهود فالقاضي لا يضعها على يدي عدل **بمجرد الدعوى** وإن جاءت بشاهد واحد وطلبت من القاضي أن يضعها على يدي عدل حتى تأتي بالشاهد الآخر ينظران إن كان الطلاق رجعيا لا يحول بينها وبين الزوج لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح وإن كان الطلاق بائنا إن قالت المرأة شاهدي الآخر غائب وليس في المصر فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين الزوج وإن قالت شاهدي الآخر في المصر إن كان الشاهد الحاضر فاسقا فكذلك الجواب لا يحول بينها وبين زوجها لأن شهادة الفاسق ليست بحجة أصلا في حق الله تعالى ولا في حق العبد فصار وجودها والعدم بمنزلة فأما إذا كان عدلا فالقاضي يؤجلها ثلاثة أيام وإن حال بينها وبين زوجها فحسن هكذا ذكر في الأصل وذكر في الجامع بخلافه قال في الجامع إذا شهد شاهد واحد عدل فالقاضي يمنع الزوج عن الدخول عليها استحسانا وأما إذا أقامت شاهدين شاهدا على الطلاق البائن أو على الثلاث لم يذكر هذا الفصل في الأصل وذكر في الجامع أن القاضي يمنع الزوج من الدخول عليها والخلوة معها ما دام مشغولا بتزكية الشهود وهذا استحسان ولا يخرجها القاضي من منزل زوجها ولكن يجعل القاضي معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها وإن كان الزوج عدلا ونفقة الأمينة في بيت المال فإن زكيت الشهود فرق بينهما وإلا ردت المرأة على الزوج فإن طالت المدة وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة أو كانت لها نفقة مفروضة لكل شهر فالقاضي يفرض لها النفقة ويأمر الزوج بإعطاء المفروض ولكن إنما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير فإذا أخذت قدر نفقة العدة إن عدل الشهود سلم لها ما أخذت وإن ردت الشهادة وردت المرأة على زوجها رجع الزوج عليها بما أخذت كذا في الذخيرة قال محمد رحمه الله تعالى في عتاق الأصل وإذا ادعى العبد

(١) الفتاوى الهندية، ٣/٣٣٥

أو الأمة العتق على مولاه وليست لهما بينة حاضرة فإنه لا يحال بينهما وبين المولى وإن أقاما شاهدا واحدا فإن قالا الشاهد الآخر غائب عن المصر

". (١)

" ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة من حيث القيمة بأن ادعى غبنا في القسمة فإن كان يسيرا بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وإن كان فاحشا بحيث لا يدخل تحت تقويم المقومين فإن كانت القسمة بالقضاء لا بالتراضي تسمع بينته بالاتفاق وإن كانت بتراضي الخصمين لا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول إن قيل تسمع فله وجه وإن قيل لا تسمع فله وجه كذا في الفتاوى الصغرى وهو الصحيح وعليه الفتوى كذا في الغياثية وحكي عن الفضلي أنه تسمع كما إذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كذا في شرحه للمختصر وذكر الإسبيجابي في شرحه هذا كله إذا لم يقر الخصم بالاستيفاء أما إذا أقر بالاستيفاء فإنه لا تصح دعواه الغلط والغبن إلا إذا ادعى الغصب فحينئذ تسمع دعواه كذا في الفتاوى الصغرى إن ادعى أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسما ثم قال أحدهما لصاحبه قبضت خمسة وخمسين غلطا وأنا ما قبضت إلا خمسة وأربعين وقال الآخر ما قبضت شيئا غلطا وإنما اقتسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون ولم تقم لواحد منهما بينة يجب التحالف لأن القسمة بمعنى البيع وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائما فكذا في القسمة إذا كان المقسوم قائما بعينه وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق فأما إذا سبق لم تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب وإن قال اقتسمنا بالسوية وأخذنا ذلك ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطا وقال الآخر ما أخذت من نصيبك شيئا غلطا ولكنا اقتسمنا على أن يكون لي خمس وخمسون ولك خمس وأربعون ولا بينة لواحد منهما فإنهما لا يتحالفان ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط قال محمد رحمه الله تعالى إذا اقتسم القوم أرضا أو دارا أو قبض كل واحد منهم حقه من ذلك ثم ادعى أحدهم غلطا فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال في ذلك لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما يدعي فإذا أقام البينة أعيدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه وكان يجب

---

(١) الفتاوى الهندية، ٣٧٧/٣

ألا تعاد القسمة لأن وضع المسألة أن كل واحد قبض حقه ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب وفي دعوى الغصب يقضى للمدعي بما قامت البينة عليه ولا تعاد القسمة والجواب عن هذا أن يقال إن محمدا رحمه الله تعالى ذكر إعادة القسمة عند إقامة البينة على دعوى الغلط ولم يبين كيفية الدعوى فتحمل دعواه على وجه تجب إعادة القسمة عند إقامة البينة وبيان ذلك أن يقول مدعي الغلط لصاحبه قسمنا الدار بيننا بالسوية على أن يكون لي ألف ذراع ولك ألف ذراع وقبضنا ثم إنك أخذت مائة ذراع من نصيبي من مكان بعينه غلطا ويقول الآخر لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ومائة ذراع ولك تسعمائة ذراع فشهد الشهود أن القسمة كانت على السوية ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعي ثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية وفي يد أحدهما زيادة ولا يدري أن حق المدعي في أي جانب فتجب الإعادة ليستويا وتكون هذه الشهادة مسموعة وإن لم يشهدوا بالغصب لأن مدعي الغلط في هذا الوجه يدعي شيئين القسمة بالسوية وغصب مائة ذراع والشهود شهدوا بأحدهما وهو القسمة بالسوية وإن لم يكن للمدعي بينة على ما ادعى يحلف المدعي قبل الغلط ولا يتحالفان فإن حلف المدعي قبله الغلط لم يثبت الغلط والقسمة ماضية على حالها وإن نكل يثبت الغلط فتعاد القسمة كما في فصل البينة وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل والموزون ادعى فيها أحدهم غلطا بعد القسمة والقبض فهو على مثل ذلك ولم يرد بهذه التسوية بين جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في حق جميع الأحكام وإنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام وهو أن لا تعاد القسمة **بمجرد الدعوى** ألا يرى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما وفي الغنم والبقر والثياب والأشياء التي تتفاوت تجب إعادة القسمة كما في

". (١)

"فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله وكان ذلك الرجل مسلما فقال رسول الله اضربوه حده

فقالوا يا رسول الله أنه ضعيف بحيث لو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه الصلاة والسلام خذوا عثكالا

فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة

قال ففعلوه

(١) الفتاوى الهندية، ٢٢٦/٥

رواه أحمد وابن ماجه

والعثكال والعثكول عنقود النخل والشمراخ شعبة منه وهو بالعين المهملة والثاء المثلثة كذا في المغرب

قوله (والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء

وقيد بحد الجلد لأنه لو كان حدها الرجم

رحمت (((رجمت))) إذا ولدت من غير تأخير لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل

وعن أبي حنيفة أن الرجم يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك

وظاهر المختار أن هذه الرواية هي المذهب فإنه اقتصر عليها ولم يذكر المصنف أنها تحبس إذا كانت حاملا

قال في الهداية ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار والله أعلم

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قد قدم حقيقة الزنا وهو الذي (١) لا يوجب الحد وهذا الباب لتفاصيله

ثم بدأ ببيان الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت وبين أنها ثلاثة أنواع شبهة في المحل وشبهة في الفعل وشبهة في العقد

قال الإمام الأسبيجابي الأصل أنه متى ادعى شبهة وأقام البينة عليها سقط الحد **فبمجرد الدعوى** يسقط أيضا إلا الإكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الإكراه اه قوله (لا حد بشبهة المحل وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) لأن الشبهة إذا كانت في الموطوءة يثبت الملك فيها من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده

وبيانه أن قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك أورث شبهة في جارية الولد للأب لأن اللام فيه للملك

والمعتدة بالكنايات في بينونتها اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فمذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث (((فورث))) شبهة وإن كان المختار قول علي رضي الله عنه

قال الشارحون ومن هذا النوع مسائل منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لأنها في ضمانه ويده وتعود إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكذا في الفاسد (((الفاسدة))) قبل القبض وبعده أما قبله فلبقاء الملك وأما بعده فلأن له الفسخ فله حق الملك فيها وكذا إذا كان بشرط الخيار سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري فإن كان للبائع فلبقاء ملكه وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية

ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته لأن له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه

ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة

ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لأن ملكه في البعض ثابت حقيقة فالشبهة فيها أظهر ويدخل فيه وطء الرجل من الغانمين قبل القسمة جارية من الغنيمة سواء كان بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله لثبوت الحق له بالاستيلاء كذا في البدائع ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لأن استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها على حرام لما ذكرنا

قال في فتح القدير وينبغي

---

(١) ".

"المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك ولم يذكر المصنف الراهن والمرتهن للاختلاف فروي ابن سماعة عن محمد أنه لا يقطع بطلب الراهن في غيبة المرتهن بل لا بد من حضرته

وصرح في الجامع الصغير بأنه يقطع في غيبته لأنه هو المالك وكذا الخلاف لو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب

---

(١) البحر الرائق، ١٢/٥

قوله (لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع) يعني لو قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لمالك العين المسروقة أن يقطع السارق الثاني لأن المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد لحاجته إذ الرد واجب عليه

قيد بقوله بعد القطع لأنه لو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد (((بعدما))) ما (((درئ))) دريء القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب كذا في الهداية

وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعا ولا قطع في أخذ مال ضائع (((ضائعا)))

قلنا بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق ما في الهداية من التفصيل واختاره في فتح القدير في مسألة ولاية الاسترداد أن الوجه أنه إذا ظهر هذا الحال للقاضي لا يرده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب قوله (ومن سرق شيئا ورده قبل الخصومة إلى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى أنه ملكه أو نقصت قيمته عن النصاب لم يقطع) بيان لأربع مسائل لا قطع فيها الأولى لو سرق شيئا ورده قبل الخصومة إلى مالكه فلا قطع لأن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة وقيد (((قيد))) بالرد بما قبل الخصومة أي قبل المرافعة إلى القاضي لأنه لو رده (((ورد))) بعد المرافعة إلى القاضي قطع لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا كذا في الهداية وهو شامل لما إذا رده بعد القضاء بالقطع وما إذا رده بعد ما شهد الشهود ولم يقض القاضي استحسانا لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة كذ في التبيين

فالمراد بالخصومة الدعوى والشهادة أو الإقرار فلو ادعى ولم يثبت ثم رده ينبغي أن لا قطع لعدم ظهورها عند القاضي فهي رباعية لأن الرد إما أن يكون بعد الترافع إلى القاضي قبل الدعوى أو بعدها قبل الثبوت أو بعدهما قبل القضاء أو بعد الثلاثة فلا قطع في الأوليين ويقطع في الأخرين (((الأخريين)))

وأطلق في الرد فشمل الرد حقيقة والرد حكما كما إذا رده إلى أصوله وإن علا كوالده وجده ووالدته وجدته سواء كانوا في عيال المالك أو لا لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ما إذا رده إلى عيال أصوله فإنه يقطع لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

ومن الرد الحكمي إليه الرد إلى فرعه وكل ذي رحم محرم منه بشرط أن يكون في عياله وإلا فليس برد ومنه الرد إلى مكاتبه وعبده ومنه الرد إلى مولاه لو كان مكاتبا لأن ماله له رقبة ومنه إذا سرق من العيال ورد إلى من يعولهم لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله

الثانية لو ملكه بعد القضاء بالقطع فلأن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء

أطلقه فشمل البيع والهبة لكن يشترط (((بشرط))) القبض فيها ليحصل الملك كما في الهداية

الثالثة لو ادعى السارق أن المسروق ملكه بعد ما ثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار فلا قطع سواء أقام بينة أو لم يقم لأن الشبهة دارئة للحد فتتحقق **بمجرد الدعوى** بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار

الرابعة إذا سرق

". (١)

"أن الراجح كونهما من المصالح فيستدين بإذن القاضي

ومنها أن المتولي لو ادعى أنه استدان بإذن القاضي هل يقبل قوله بلا بينة الظاهر أنه لا يقبل وإن كان المتولي مقبول القول لما أنه يريد الرجوع في الغلة وهو إنما قبل قوله فيما بيده وعلى هذا لو كان الواقع أنه لم يستأذن القاضي يحرم عليه أن يأخذ من الغلة لما أنه بغير الإذن متبرع اه

وقد علمت مما نقلناه عن قاضيخان أنه لو أنفق من ماله أو أدخل جذعا له في الوقف لا يكون من باب الاستدانة لأنها محصورة في القرض والشراء بالنسيئة وعلى هذا فلو صرف المتولي للمستحقين من ماله لا يكون من الاستدانة وله الرجوع ولكن قاضيخان قيده بالإنفاق على المرمة

وقيده في جامع الفصولين بأن يشهد أنه أنفق ليرجع فوقع الاشتباه في الصرف على المستحقين

---

(١) البحر الرائق، ٥/٦٩

وعلى هذا وقع الاشتباه في زماننا في ناظر أذن إنسانا في الصرف على المستحقين من ماله قبل مجيء الغلة ليرجع به إذا جاءت الغلة هل يكون من باب الاستدانة للموقوف عليهم فلا تجوز ولا رجوع له أو أنه كصرف الناظر عليهم من مال نفسه فله الرجوع إن قلنا برجوعه فإن قلت إنه دفع لهم بشرط أن يأخذ معاليمهم فقام مقامهم قلت قال في جامع الفصولين من السابع والعشرين الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعت ثوبك من فلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال أنا أقضيكه عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع وفي العدة يباع عنده بضائع للناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله إلى أصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشتري فللبائع أن يسترد ما دفع إلى أصحاب البضائع اه

قال في القنية إذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك في عمارتها فعمرها بإذنه يرجع على القيم والمالك وهذا إذا كان يرجع معظم منفعته إلى المالك أما إذا رجع إلى المستأجر وفيه ضرر بالدار كالبالوعة أو شغل بعضها كالتنور فلا ما لم يشترط الرجوع اه

ويدل له بالأولى ما في جامع الفصولين المتولي صرف العمارة من خشب مملوك له ودفع قيمته من مال الوقف كان له إذ يملك المعاوضة من مال نفسه كوصي يملك صرف ثوب مملوك إلى الصبي ودفع ثمنه من مال الصبي ولكن لو ادعى لا يقبل قوله وهذا يشير إلى أنه لو أنفق ليرجع له الرجوع في مال الوقف واليتيم من غير أن يدعي عند القاضي أما لو ادعى عند القاضي وقال أنفقت من مالي كذا في الوقف واليتيم لا يقبل قوله

ثم رقم بعلامة (بق) ادعى وصي أو قيم أنه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع في مال اليتيم والوقف ليس له ذلك إذ يدعي دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح **بمجرد الدعوى** ذكره في أحكام العمارة

وفي البزازية قيم الوقف أنفق من ماله في الوقف ليرجع في غلته له الرجوع وكذا الوصي مع مال الميت ولكن لو ادعى لا يكون القول قوله المتولي إذا أنفق من مال نفسه ليرجع في مال الوقف له ذلك فإن شرط الرجوع يرجع وإلا فلا اه

وفيها أيضا قيم المسجد اشترى شيئا لمؤنة المسجد بلا إذن الحاكم بماله لا يرجع على الوقف اه

وظاهره أنه لا رجوع له مطلقا إلا بإذن القاضي سواء كان أنفق ليرجع أو لا سواء رفع إلى القاضي أو لا

سواء برهن على ذلك أو لا

الخامسة يستثنى من قولهم لا يقدم على العمارة أحد ما في المحيط لو شرط

". [1]

"الملتزم والمكفول به وهو الدين

ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه كذا في التتارخانية

قوله (وتصح بالنفس وإن تعددت) أي الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا ثم آخر وجاز رجوع الضمير إلى النفس بأن كفل واحد نفوسا كما يجوز بالديون الكثيرة لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس

ولا يقال لا غرم في كفالة النفس لأنا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى ﴿ إن عذابها كان غراما ﴾ الفرقان ٥٦ ويمكنه العمل بموجبها بأن يخلي بينه وبين المكفول أو يرافقه إذا دعاه أو يكره (((يكرهه))) بالحضور إلى مجلس القاضي وإن لم يقدر استعان بأعوان القاضي ولأنه التزم ما هو واجب على الأصيل وهو حضوره إلى مجلس القاضي وسيأتي حكم ما إذا تعدد الكفيل فسلم البعض هل يبرأ الباقي

فإن قلت هل يجبر أحد على إعطاء الكفيل بالنفس قلت يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل **بمجرد الدعوى** سواء كان المدعى عليه معروفا أو لا في ظاهر الرواية إلا إذا كان غريبا وسيأتي في كتاب الدعوى

وفي القنية ليس للمدعي ولا للقاضي طلب الكفيل بقوله لي عليه دعوى قبل بيان الدعوى وإذا طلب القاضي منه كفيلا وامتنع لا يحبسه القاضي وإنما يأمره بالملازمة كذا في البزازية

وفي البزازية وفي الدين المؤجل إذا قرب الحول وأراد المديون السفر لا يجب إعطاء الكفيل

وفي الصغرى ليس له مطالبة الكفيل ولم يقيد بالمؤجل

وقال الثاني لو قيل له طلب الكفيل قياسا على نفقة شهر لا يبعد

وفي المنتقى قال رب الدين مديوني يريد السفر له التكفيل وإن كان الدين مؤجلا

---

(١) البحر الرائق، ٢٢٩/٥

وفي الظهيرية قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لا يجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد

واستحسن الإمام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه

وفي المحيط لو أفتى يقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس

وفي شرح المنظومة لابن الشحنة وهذا ترجيح من صاحب المحيط اه

وفي القنية إن عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل وإلا فلا وجاز أن يكون المراد من تعددها أن يكون للكفيل كفيل ولذا قال في الخانية الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل بريء الكفيلان وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني اه

وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له إذا أخذ من الأصيل كفيلا آخر بعد الأول لم يبرأ الأول كذا في الخانية فلقوله وإن تعددت ثلاثة أوجه قوله (بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن ويجزء (((ويجزئ))) شائع) أي تصح الكفالة بالنفس بقوله كفلت بنفس فلان أو برأسه أو وجهه ورقبته وعنقه وكل عضو منه يعبر به عن جميع البدن أو بثلثه أو ربعه وقد قدمناه في الطلاق

وقد ذكروا صحة الكفالة بالروح ولم يذكروه في الطلاق وينبغي الوقوع به وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا وينبغي صحة الكفالة به إذا كانت امرأة كذا في التتارخانية

ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما إذا كفل بعينه قال البلخي لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن

والذي يجب أن تصح الكفالة به كالطلاق إذا تعين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأتى في دمه ما تقدم في الطلاق كذا في فتح القدير

قيدنا بكونه جزء الكفيل عنه لأن الكفيل لو أضاف الجزء إليه بأن قال الكفيل كفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لا يجوز ذكره في الكرخي في باب الرهن كذا في السراج الوهاج قوله (وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنت لك فلانا لأنه تصريح بمقتضاها

". (١)

"كما سيأتي بيانه

ومنها كون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني أو قال ذلك لمعروف النسب ولم أر حكم المستحيل عادة كدعوى فقير أموالا عظيمة على غني أنه غصبها منه والظاهر عدم سماعها ثم كتبت بعد ذلك في آخر باب التحالف ما يفيده فليراجع

ومنها كونها بلسان المدعي فلا تصح بلسان وكيله إلا برضا خصمه عند الإمام إذا لم يكن به عذر

ومنها مجلس القضاء فلا تسمع هي والشهادة إلا بين يدي الحاكم

ومنها حضرة الخصم فلا يسمعان إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي ذلك بالكتاب الحكمي للقضاء

ومنها عدم التناقض في الدعوى إلا في النسب والحرية وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه كما لو أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قبله لا بعده أو مطلقا وهذه السبعة في البدائع

ومنها كون المدعي ملزما على الخصم فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لإمكان عزله كما في العناية

الخامس في حكمها وهو وجوب الجواب على المدعي عليه واقتصر عليه في الكافي وزاد الشارح وجوب الحضور على الخصم وفيه نظر لأن حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها وحاصله كما في منية المفتي أن المدعي إذا طلب من القاضي إحضار الخصم أحضره **بمجرد الدعوى** إن كان في المصر أو كان قريبا بحيث لو أجاب يبيت في منزله وإن كان أبعد منه قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه والمستور في هذا يكفي فإذا أقام يأمر إنسانا ليحضر خصمه وقيل يحلفه القاضي فإن نكل أقامه عن مجلسه وإن حلف يأمر بإحضاره ا هـ

وقدمنا في أدب القاضي حكم ما إذا امتنع عن الحضور وأجرة الرسول لإحضاره وما إذا اختفى في بيته وحكم الهجوم عليه

السادس في سببها قال في العناية إنه تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لأن المدعي إما أن يكون راجعا إلى النوع أو إلى الشخص

---

(١) البحر الرائق، ٦/٢٢٥

السابع في المقصود من شرعيتها قال في العناية وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها ا هـ

ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه من الغير بلا قضاء وأحببت جمعه هنا من مواضعه تكثيرا للفوائد وتيسيرا على طالبيها فإن كان الحق حد قذف فلا يستوفيه بنفسه لأن فيه حق الله تعالى اتفاقا والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ولكن بطلب المقذوف كما بيناه في بابه

وإن كان قصاصا فقال في جنايات البزازية قتل الرجل عمدا وله ولي له أن يقتص بالسيف قضى به أو لا ويضرب علاوته ولو رام قتله بغير سيف منع وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه ا هـ

وإن كان تعزيرا ففي حدود القنية ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير بالبادىء (((بالبادئ))) منهما لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق ا هـ

وأما إذا شتمه فله أن يقول له مثله والأولى تركه كما قدمناه في محله وقالوا الزوج (((للزوج))) أن يؤدب زوجته

وفي جامع الفصولين من التحليف ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه أقامه ا هـ

وإن كان عينا ففي إجارة القنية ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى الآخر (((الآجر))) فله أن يتخذ له مفتاحا أخر ولو أجره من غيره بغير إذن الحاكم جاز ا هـ

وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها وأما المتاع فيجعله في ناحية إلى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على إذنه (((إذن))) القاضي أخذا مما في القنية

وفي غصب منية المفتي أخذت أغصان شجرة انسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الأغصان فإن كانت الأغصان بحالة يمكن لصاحبها إن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع وإن لم يمكن (((يكن))) لا يضمن إذا قطع من موضع لو رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع ا هـ

وإن كان دينا ففي مداينات القنية رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير وعند الشافعي له أخذه بقدر قيمته وعن أبي بكر الرازي له أخذ الدنانير بالدراهم وكذا أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا قياسا

." (١)

"في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود في هذه الحقوق هو المال وبيان صور (((صورة))) هذه الأربعة في النهاية قوله (وجاحد القود فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) وهذا عند أبي حنيفة

وقالا لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت فيه القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البدل بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة

وفي الخانية ثم في كيفية التحليف في القتل روايتان في رواية يستحلف على الحاصل بالله ما له عليك دم ابنه فلان ولا دم عبده فلان ولا دم وليه فلان ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذي يدعي وفي رواية يحلف على السبب بالله ما قتلت فلان بن فلان ولي هذا عمدا وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ما له عليك قطع هذه اليد ولا له قبلك حق بسببها وكذلك في الشجاج والجراحات التي يجب فيها القصاص

وإذا ادعى قتل أبيه خطأ أو وليا له أو قطع يده أو شجه خطأ إذا ادعى شيئا فيه دية أو أرش يستحلف بالله ما لفلان عليك هذا الحق الذي يدعي من الوجه الذي ادعى ولا شيء منه ويسمي الدية والأرش عند اليمين لأنه ادعى مالا فيحلف على الحاصل كما في سائر الأموال

وقال أبو يوسف كل حق يجب على غير المدعى عليه كالدية في الخطأ يحلف على السبب بالله ما قتلت ابن فلان هذا وفي الشجة بالله ما شججت هذا هذه الشجة التي يدعي وكل جناية يجب فيها الأرش أو الدية على المدعى عليه يستحلف كما يستحلف في القصاص اه

قوله (ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) أي عند أبي حنيفة

---

(١) البحر الرائق، ١٩٢/٧

وقال أبو يوسف يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه

ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه فلا يكون حقه دونه ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي

أطلق في حضورها فشمل حضورها في مجلس الحكم ولا خلاف أنه لا يحلف وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف وحضورها في المصر بصفة المرض وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنه قال الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي أو شهودي غيب أو مرضى اه

وقيد بحضورها لأنها لو كانت خارج المصر فإنه يحلف اتفاقا

وفي المجتبى وقدرت الغيبة بمسيرة السفر اه

وقيد بقوله المدعي لأنه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف وبين إقامة البينة كذا في القنية

ثم رقم بعده لآخر إن غلب على ظنه أنه ينكل فله أن يحلفه وإن غلب على ظنه أنه يحلف كاذبا لا يعذر في التحليف

وفيها أيضا ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعي ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعي اجعل حقي في الختم ثم استحلفني فله ذلك في زماننا اه

ولو قال لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال لي بينة فإن القاضي يقبل ذلك منه وقيل لا يقبل كذا في خزانة المفتين وقدمناه قوله (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه وأخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسانا عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه **بمجرد الدعوى** حتى يعدى عليه ويحال بينه وين (((وبين))) أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام يروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح كذا في الكافي وصحح في الخانية أنه إلى جلوس القاضي مجلسا آخر وهو مروي عن الثاني وفاعله قيل القاضي بطلب المدعي كما في الخانية وإلا فلا يطلب القاضي منه كفيلا

وفي الصغرى هذا إذا كان المدعي

." (١)

"أنهما لا يعلمان شيئا من تركة المتوفى بطريقه اه

وفي البزازية في يده جارية يقول أودعنيها فلان الغائب وبرهن فقال المدعي باعها أو وهبها بعد الإيداع منك وأنكره المدعى عليه يحلف بالله ما باعها أو وهبها منك

في يده عبد ورثه من أمه ادعى آخر أنه كان أودعه من أبيه يحلف على العلم اه

ثم في كل موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا ولا يقضى بنكوله عما ليس واجبا عليه

والبتات بمعنى البت بمعنى القطع وكان اليمين على نفي العلم لا قطع فيها بخلاف الأخرى

وفي بعض كتب الفقه البت بدل البتات ولم أر فيما عندي من كتب اللغة أن البتات بمعنى القطع وإنما ذكر في القاموس أن البت بمعنى القطع وأن البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع أبتة ولم يذكره في المصباح والمغرب

قوله (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده) أما الجواز فلما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى بيمينه ولم يحلف

وعن حذيفة أنه افتدى بيمينه بمال ولأنه لو حلف يقع في القيل والقال فإن الناس بين مصدق ومكذب فإذا افتدى بيمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وذكر الصدر الشهيد أن الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب اه

ومراده ثابت بدليل جواز الحلف صادقا وإنما لا يحلف بعده لأنه أسقط خصومته بأخذ البدل عنه

قيد بالفداء والصلح لأنه لو اشترى بيمينه لم يجز وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في النهاية

وظاهر ما قرره الشارح أن أخذ المال في الفداء والصلح عن اليمين إنما يحل إذا كان المدعي محقا ليكون المأخوذ في حقه بدلا كما في الصلح عن الإنكار فلو كان مبطلا لم يحل والضمير في منها عائد إلى يمينه أي بدلها

---

(١) البحر الرائق، ٢١٠/٧

وفي شرح مسكين ثم الافتداء قد يكون بمال بمثل المدعي وقد يكون بأقل منه وأما الصلح فإنما يكون منه على مال هو أقل من المدعي غالبا كذا في النهاية اه

قيد بالإسقاط ضمن الافتداء والصلح لأن إسقاطها قصدا غير صحيح لما في دعوى البزازية آخر الرابع عشر قال المدعي برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت لا يصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم اه

والله أعلم

باب التحالف لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين إذا الاثنان عبد الواحد

والتحالف قال في القاموس تحالفوا تعاهدوا اه

وفي المصباح الحليف المعاهد يقال منه تحالفا إذا تعاهدا أو تعاقدا على أن يكون أمرهما واحدا في النصرة والحماية اه

وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف قوله (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي اختلف البائع والمشتري في قدر أحدهما وأقام أحدهما بينة قضي له لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها

وفي المصباح البرهان الحجة وإيضاحها قيل النون زائدة وقيل أصلية وحكى الأزهري القولين فقال في باب الثلاثي النون زائدة

وقوله برهن فلان مولد والصواب أن يقال أبره إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الأعرابي

وقال في باب الرباعي برهن إذا أتى بحجته اه

اعلم أنه يدخل في الثمن رأس المال في المبيع المسلم فيه وقدمنا في بابه أنهما يتحالفان إذا اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته أو قدر رأس المال أو المسلم فيه ويتحالفان ويفسخ السلم ويدخل أيضا ما في الكافي عبد قطع عند البائع فقال البائع قطعه المشتري قبل البيع ولي عليه نصف القيمة وكل الثمن وقال المشتري قطعه البائع بعد البيع ولي الخيار بين أخذه بنصف الثمن أو تركه ولا بينة تحالفا فإن حلفا أخذه

المشتري بكل ثمنه أو ترك وإن برهنا فلمشتريه وإن اتفقا إن قاطعه بائعه أو مشتريه أو أجنبي وادعاه البائع قبل البيع والمشتري بعده فالقول والبينة لمشتريه اه

ويدخل في الاختلاف في المبيع ما في الكافي ادعى أنه باعه هذا العبد بمائة دينار

---

(١) ".

"(وإذا قال المدعي: لي بينة حاضرة) في المصر (قيل لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام)؛ لئلا يغيب نفسه فيضيع حقه، والكفالة بالنفس جائزة عندنا وأخذ الكفيل **لمجرد الدعوى** استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة، وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير كما في الهداية (فإن فعل) أي أعطى كفيلا بنفسه فيها (وإلا أمر بملازمته) لئلا يذهب حقه (إلا أن يكون) المدعى عليه (غريبا) مسافرا (على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي) فقط، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس؛ فالاستثناء منصرف إليهما؛ لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به يمنعه عن السفر، ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا، هداية.---(وإذا قال المدعى عليه) في جواب مدعي الملك (هذا الشيء) المدعى به، منقولا كان أو عقارا (أودعنيه فلان الغائب) أو أعارنيه، أو أجرنيه (أو رهنه عندي، أو غصبته منه) أي من الغائب (وأقام بينة على ذلك) وقال الشهود: نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه، وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا، قال في البزازية: وتعويل الأئمة على قول محمد، اهـ (فلا خصومة بينه وبين المدعي)؛ لأنه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة، وقال أبو يوسف: إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا، وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة، قال في الدر: وبه يؤخذ، واختاره في المختار، وهذه مخمسة كتاب الدعوى، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط في الدر، أو لأن صورها خمس، اهـ. قيدنا بدعوى الملك لأنه لو كان دعواه عليه الغصب أو السرقة لا تندفع الخصومة؛ لأنه يصير خصما بدعوى الفعل عليه، لا بيده، بخلاف دعوى الملك، وتمامه في الهداية.(وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم)، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما.) وإن قال المدعى سرق) بالبناء للمجهول (منى) هذا الشيء (وأقام البينة) على دعواه (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة) على دعواه (لم تندفع الخصومة) قال في الهداية: وهذا قول

---

(١) البحر الرائق، ٢١٨/٧

أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو استحسان، وقال محمد: تندفع؛ لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال: غصب مني - على ما لم يسم فاعله - ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذي في يده، إلا أنه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه و إقامة لحسبة الستر، فصار كما إذا قال "سرقت" بخلاف الغصب؛ لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه، اهـ. قال الإسبيجاني: والصحيح الاستحسان، وعليه اعتمد الأئمة المصححون، تصحيح.---(وإذا قال المدعي ابتعته من فلان) الغائب (وقال صاحب اليد أودعنيه فلان سقطت الخصومة) عن المدعى عليه (بغير بينة) لتصادقهما على أن الملك لغير ذي اليد؛ فلم تكن يده يد خصومة، إلا أن يقيم المدعي البينة أن فلانا وكله بقبضه، لإثباته كونه أحق بإمساكه.(واليمين) إنما هي (بالله تعالى دون غيره) لقوله صلى الله عليه وسلم: (من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر)(ويؤكد) أي يغلظ اليمين (بذكر أوصافه) تعالى المرهبة، كقوله قل: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، وله أن يزيد على هذا أو ينقص، إلا أنه يجتنب العطف كيلا يتكرر اليمين، لأن المستحق عليه يمين واحدة، والاختيار فيه إلى القاضي، وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير، كما في الهداية.(يتبع...)@(تابع... ٢): - المدعي: من لا يجبر على الخصومة إذا تركها.... ...(ولا يستحلف بالطلاق، ولا بالعتاق) في ظاهر الرواية، قال قاضيخان: وبعضهم جوز ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية، تصحيح. فلو حلف به فنكل لا يقضي عليه بالنكول؛ لنكوله عما هو منهي عنه شرعا.(ولا يستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسي بالله الذي خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده، فلو اكتفى بالله كفى كالمسلم، اختيار. قال في الهداية: هكذا ذكر محمد في الأصل، ويروى عن أبي حنيفة أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها، وما ينبغي أن تعظم. بخلاف الكتابين؛ لأن كتب الله تعالى معظمة، والوثني لا يحلف إلا بالله تعالى؛ لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله﴾. اهـ.---(ولا يحلفون في بيوت عباداتهم)، لكراهة دخولها، ولما فيه من إيهام تعظيمها.(ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان) كيوم الجمعة بعد العصر (ولا بمكان) كبين الركن والمقام بمكة، وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة؛ لأن المقصود تعظيم

المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك تكليف القاضي حضورها، وهو مدفوع، هداية.." (١)

"(وإذا اختلف المتبايعان في البيع) أي في ثمن المبيع (فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمنا وادعى البائع أكثر منه، أو) في قدره، بأن (اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه) أي: بأكثر من القدر الذي اعترف به البائع (وأقام أحدهما) أي: البائع والمشتري (البينة) على دعواه (قضى له بها)، لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى**، والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما البينة) على دعواه (كانت البينة المثبتة للزيادة أولى)، لأنها أكثر بيانا وإثباتا، فبينة البائع أولى لو الاختلاف في الثمن، وبينة المشتري لو في قدر المبيع، ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري في المبيع، نظرا إلى زيادة الإثبات (فإن لم يكن لكل واحد منهما بينة) تثبت مدعاه (قيل للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع) بينكما (وقيل للبائع: إما أن تسلم ما) أي القدر الذي ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع)؛ لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا جهة فيه؛ لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان (فإن لم يتراضيا) والمبيع قائم (استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر)؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه (يبتدئ) الحاكم (بيمين المشتري) قال في الهداية: وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح، اهـ. وقال الإسبيجاني: يبدأ بيمين المشتري، وفي رواية بيمين البائع، وهكذا ذكر أبو الحسن في جامعه، والصحيح الرواية الأولى، وعليه مشى الأئمة المصححون، تصحيح (فإذا حلفا فسخ القاضي البيع بينهما)؛ لأنه إذا تحالفا بقي العقد بلا بدل معين فيفسد، قال في الهداية: وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف؛ لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد، ولابد من الفسخ في فاسد---البيع، اهـ (وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر)، لأنه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضة لدعوى الاخر؛ فلزمه القول بثبوته، هداية.(وإن اختلفا في الأجل، أو في شرط الخيار، أو في استيفاء بعض الثمن - فلا تحالف بينهما)؛ لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به، فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف، لأن ذلك

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٦٧

يرجع إلى نفس الثمن، فإن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف، ولا كذلك الأجل؛ لأنه ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه، هداية (والقول قول من ينكر الخيار والأجل) والاستيفاء (مع يمينه)؛ لأن القول قول المنكر.(وإن هلك المبيع) أي بعد القبض قبل نقد الثمن، وكذا إذا خرج من ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب (ثم اختلفا) في ثمنه (لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)؛ لأن التحالف فيما إذا كانت السلعة قائمة عرف بالنص، والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها، لارتفاع العقد؛ فلم يكن بمعناه (وجعل القول قول المشتري) بيمينه؛ لأنه منكر لزيادة الثمن (وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك)؛ لأنه اختلاف في ثمن عقد قائم بينهما، فأشبه حال بقاء السلعة، قال جمال الإسلام: والصحيح قولهما، وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما كما هو الرسم، تصحيح.--- (وإن) هلك بعض المبيع، كأن (هلك أحد العبدين) أو الثوبين، أو نحو ذلك (ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة)؛ لما مر من أن التحالف ثبت على خلاف القياس حال قيام السلعة، وهي اسم لجميع أجزائها، فلا يبقى بفوات بعضها (إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) أصلا، لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابله القائم ويخرج الهالك عن العقد؛ فيتحالفان. (وقال أبو يوسف: يتحالفان ويفسخ البيع في الحي وقيمة الهالك) لأن امتناع التحالف للهلاك، فيتقدر بقدره (وهو قول محمد).قال الإسبيجاني: هكذا ذكر هنا، وذكر في الجامع الصغير: أن القول قول المشتري في حصة الهالك، ويتحالفان على الباقي عند أبي يوسف، وعند محمد يتحالفان عليهما؛ ويرد القائم وقيمة الهالك، والصحيح قول أبي حنيفة، وعليه مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما، تصحيح.---." (١)

"(ويجب أن يكون) المنصوب للقسمة (عدلا)، لأنها من جنس عمل القضاء (مأمونا) ليعتمد على قوله (عالما بالقسمة) ليقدر عليها، لأن من لا يعلمها لا يقدر عليها.(ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) قال في الهداية: معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه، لأنه لا جبر على العقود، ولأنه لو تعين لتحكيم بالزيادة على أجر مثله، ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي، لأنه لا ولاية لهم عليه، اهـ. (ولا يترك) القاضي (القسام يشتركون) كيلا يتواضعوا على مغالاة الأجر، فيحصل الإضرار بالناس.(وأجرة القسمة على عدد الرءوس عند أبي حنيفة) لأن الأجر مقابل بالتمييز، وإنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الحال، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٦٩

(وقالا: على قدر الأنصباء)، لأنه مؤونة الملك فيتقدر بقدره، قال في التصحيح: وعلى قول الإمام مشى في المغنى والمحبوبي وغيرهما.---(وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة) أي أرض (ادعوا أنهم ورثوها عن) مورثهم (فلان لم يقسمها عند أبي حنيفة)، لأن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، بدليل ثبوت حقه في الزوائد، كأولاد ملكه وأرباحه، حتى تقضى ديونه منها وتنفذ وصاياه، وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة، حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعده من الزوائد، فكانت قضاء على الميت، فلا يجابون إليها **بمجرد الدعوى**، بل (حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته) ويصير البعض مدعيا والبعض الآخر خصما عن المورث، ولا يمتنع ذلك إقراره، كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره (وقالا: يقسمها باعترافهم) لأن اليد دليل الملك، ولا منازع لهم، فيقسمها كما في المنقول والعقار المشترى (و) لكن (يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم) ليقتصر عليهم، ولا يكون قضاء على شريك آخر لهم.قال الإمام جمال الإسلام في شرحه: الصحيح قول الإمام، واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وغيرهم، كذا في التصحيح.(وإذا كان المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث) أو مشترى أو ملك مطلق، وطلبوا قسمته (قسمة في قولهم جميعا)؛ لأن في قسمة المنقول نظرا للحاجة إلى الحفظ (وإن ادعوا في العقار أنهم اشتروه) وطلبوا قسمته (قسمه بينهم) أيضا؛ لأن المبيع يخرج من ملك البائع وإن لم يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير (وإن) ادعوا الملك المطلق، و (لم يذكروا كيف انتقل) إليهم (قسمه بينهم) أيضا؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير؛ فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم، قال في التصحيح: هذه رواية كتاب القسمة، وفي رواية الجامع: لا يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما، قال في الهداية: ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة، وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح، وكذا نقل الزاهدي.---(وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه) بعد القسمة (قسم بطلب أحدهم)؛ لأن في القسمة تكميل المنفعة؛ فكانت حقا لازما فيما يقبلها بعد طلب أحدهم (وإن كان أحدهم ينتفع) بالقسمة، لكثرة نصيبه (والآخر يستضر لقلة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم) له؛ لأنه ينتفع بنصيبه، فاعتبر طلبه؛ لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير. (وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) له؛ لأنه يستضر فكان متعنتا في طلبه، فلم يعتبر طلبه، قال في التصحيح: وذكر الخصاف على قلب هذا، وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، قال في الهداية وشرح الزاهدي: إن الأصح ما ذكر في الكتاب، وعليه مشى الإمام البرهاني، والنسفي، وصدر الشريعة، وغيرهم، اهـ (وإن كان كل واحد منهما يستضر) لقلته

(لم يقسمها) القاضي (إلا بتراضيهما)، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها، ويجوز بتراضيهما، لأن الحق لهما، وهما أعرف بشأنهما.---." (١)

"-----وإذا كاتب الرجل أم ولده فجاءت بولد في مكاتبتها ثم مات (المولى) قبل أن يقر به، ينظر إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر (١٣٣٦أ١) منذ كاتبها ثبت نسبه من المولى، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ كاتبها لا يثبت نسبه من المولى؛ لأن فراش المولى زال عنها بالكتابة لا إلى عدة فإنه لم يجب عليها عدة بالكتابة، والفراش متى زال لا إلى عدة ثم جاءت بالولد إن جاءت لأقل من ستة أشهر منذ زال الفراش يثبت النسب من صاحب الفراش من غير دعوى، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يثبت النسب من صاحب الفراش إلا بالدعوى، كما لو طلق امرأته قبل الدخول بها، والله أعلم.الفصل الحادي عشر في المتفرقاتقال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا قال الرجل لأمته: أمرك بيدك ينوي به العتق يصير العتق في يدها، حتى لو أعتقت نفسها في المجلس عتقت، ولو قال لها: اختاري ينوي العتق لا يصير العتق في يدها فقد فرق بين ا لأمر باليد، وبين قوله اختاري في باب العتق وسوى بينهما في الطلاق.وفي «الأصل» أيضا: إذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه، وليس لها بينة حاضرة فإنه يدفعه إلى مولاه، ولا يحال بينه وبين المولى حتى لا تزال يد المولى عنه **لمجرد الدعوى**، وإن أقام شاهدا واحدا، فإنه ينظر إن كان الشاهد، فالدعوى وإن أقام فاسقا لا يحال بينهما العبد والأمة في ذلك على السواء وإن كان غلاما، فكذلك لا يحال بينهما، هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الكتاب».." (٢)

"-----وإذا مات أحد المفاوضين، والمال في يد الحي، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحي ذلك، وأقام ورثة الميت بينة أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة؛ لم يقض لهم شيء ما بيد الحي؛ إلا أن يشهد الشهود أن المال كان في يده حال حياة الميت؛ أو أنه من شركة ما بينهما، وفي حالة الحياة لو شهد شهود المدعي بالمفاوضة في مجلس الدعوى؛ يقضي بالمفاوضة؛ لأن في حالة الحياة عرفنا كون المال في يد المدعى عليه حال قيام المفاوضة بالمعاينة، وبعد الموت لم نعرف كون المال في يد الحي حال قيام المفاوضة؛ حتى لو عرف ذلك بأن شهد الشهود أن المال كان في يد الحي حال الحياة الآن قضى بالمال بينهما، ثم إذا شهد الشهود أن المال كان في يد المدعى عليه حال حياة الميت؛ أو شهدوا

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، ص/٣٨٦

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤/٤٣٩

أن هذا من شركة ما بينهما، وقضى القاضي بالمال بين الحي وبين ورثة الميت.لو ادعى الحي شيئا لنفسه مما في يده بالميراث، أو ما أشبهه، ففيما إذا شهد شهود الورثة أن هذا المال من شركة ما بينهما؛ لا تسمع دعواه بلا خلاف؛ ففيما إذا شهدوا أنه كان في يده حالة حياة أبيهم المسألة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.وإذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما أن شريكه كان شريكه بالنصف، وادعى الآخر الثلث، وقد اتفقا على المفاوضة، فجميع المال بينهما نصفان؛ لأن الذي يدعي التفاوت متناقض أو راجع عن إقراره بالمناصفة فيقتضي إقراره بالمفاوضة، وإن كان في يد أحدهما ..... فذلك ...... في يديه، ولا يجعل في الشركة استحسانا؛ لأن هذه الأشياء مستثنى عن عقد المفاوضة، فالإقرار بالمفاوضة لا يكون إقرارا بهذه الأشياء، بقي **مجرد الدعوى**.وإذا ادعى رجل على غيره أنه شريكه شركة مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما أثلاثا، الثلثان لي، والثلث له، والمدعى عليه يجحد المفاوضة أصلا، فأقام المدعي البينة على نحو ما ادعاه، لا تقبل هذه الشهادة قياسا.." [١]

"-----قال: وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل والموزون ادعى فيه أحدهم غلطا بعد القسمة والقبض فهو على مثل ذلك، ولم يرد بهذه التسوية بين جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في حق جميع الأحكام، وإنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام، وهو أن لا تعاد القسمة **بمجرد الدعوى**.ألا ترى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى لا تعال القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما، وفي الغنم والبقر والثياب والأشياء التي تتفاوت يجب إعادة القسمة كما في مسألة الدار، وهذا لأن قسمة الباقي على قدر حقهما في الغنم وأشباهه توجب زيادة ضرر بالمدعي عسى لجواز أن يكون ما أخذ من نصيبه غلطا كله خيارا، وفي قسمة الثاني لا يصل إليه الجياد فيها، والقسمة نفيا للضرر عن المدعي كما في مسألة الدار.فإن في مسألة الدار إنما لم يجب قسمة الباقي على قدر حقهما نفيا للضرر عن المدعي؛ لأنا لو قسمنا الباقي على قدر حصتهما ربما يقع له بالقسمة الثانية مئة ذراع في جانب لا يتصل بنصيبه، وكان في أصل القسمة متصلا بنصيبه فيجب إعادة القسمة نفيا للضرر عن المدعي.أما في المكيل والموزون متى قسمنا الباقي على مقدار حقهما لا يتضرر به المدعي، فوجب قسمة الباقي عل قدر حقوقهما، ولم يجب إعادة القسمة ثانيا لهذا.وإذا اقتسم رجلان دارين، فأخذ أحدهما دارا والآخر دارا، ثم أدعى أحدهما لنفسه كذا وكذا ذراعا من الدار التي في يد صاحبه فضلا في

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥/٥٧٨

قسمته، فإن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قالا: يقضى له بذلك (١٠ب٤) ولا تعاد القسمة، وليست كالدار الواحدة في قول أبي يوسف ومحمد، يريد به أن في الدار الواحدة متى ادعى أحدهما أذرعا مسماة في نصيب صاحبه، فإنه تعاد القسمة.." (١)

"-----وكذلك إذا استأجر المستكري رجلا يقوم على الدابة كان أجره على المستكري ولا يرجع بذلك على ورثة المكاري؛ لأن الإنفاق والاستئجار حصل بغير إذن الورثة وبغير إذن من يلي على الورثة ثم إذا وصل إلى ذلك المكان رفع الأمر إلى الحاكم لأن الإجارة قد انفسخت لما وصل إلى ذلك المكان لأنه زال العذر لما وصل إلى ذلك المكان، وإذا انتقضت الإجارة بقيت دابة الغير في يده بغير إجارة ويرفع الأمر إلى القاضي ليقضي القاضي بها هو الأصلح لورثة الميت.فإن رأى القاضي الصلاح في أن يؤاجر منه ثانيا بأن عرف المستأجر ثقة أمينا ورأى الدابة قوية حتى عرف أن الورثة يصلون إلى عين ما لهم متى آجر منه وإن رأى الصلاح في بيع الدابة بأن أتهم المستأجر أو رأى الدابة ضعيفة ظاهرا يعلم أن الورثة لا يصلون إلى عين ما لهم وإن وصلوا يلحقهم ضرر عظيم ببيع الدابة ويكون بيعه حفظا للمال على الغائب لا قضاء على الغائب.وإن كان المستأجر قد عجل الأجر إلى رب الدابة وفسخ القاضي الإجارة وباع الدابة، فادعى المستأجر ذلك، فالقاضي يأمره بإقامة البينة على دعواه؛ لأنه يدعى دينا على الميت **ومجرد الدعوى** بدون البينة لا تكون معتبرة شرعا وينصب القاضي وصيا عن الميت حتى يسمع البينة لأن البينة لا تسمع إلا على الخصم وللقاضي ولاية نصيب الوصي عن الميت.." (٢)

"-----وجه قول من قال: لا يجيبه أن القياس يأبى استحقاق اليمين على المدعى عليه، لأنها تستحق **بمجرد الدعوى**، **ومجرد الدعوى** لا يصلح سببا للاستحقاق لكن عرفنا الاستحقاق قريبا على البينة في قصة الخضري والكندي فيبقى الاستحقاق لا بهذه الصفة، على أصل القياس وإذا كانت المسألة مختلفة، فإن كان القاضي لا يرى استحلافه لا يحلفه، وإن كان يرى استحلافه يحلفه وإذا حلفه، وحلف وطلب من القاضي أن يعطيه رقعة أن فلانا ادعى على فلان كذا وحلفه وحلف حتى لا يقدمه إلى هذا القاضي ثانيا، أو إلى قاض آخر، فيحلفه مرة أخرى، أعطاه نظرا له والقاضي بالخيار إن شاء كتب ذلك في رقعة على حدة وإن شاء كتب ذلك في البياض الذي كتب فيه الدعوى والإنكار، وكتب فيه التاريخ وأعطاه.ثم

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٧٨/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٣/٨

الدعوى لا تخلو أما أن تقع في العين، أو في الدين فإن وقع الدين والمدعى مكيل، فإنما يصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه أي أنه حنطة أو شعير، ويذكر نوعه أنه صيفي أو بري، أو خريفي أو ربيعي، وصفته أنه وسط أو جيد أو رديء، ويذكر الحمراء أو البيضاء في الحنطة، ويذكر قدره فيقول: كذا قفيزا؛ لأن الحنطة تكال بالقفيز ويذكر بقفيز، كذا لأن القفيزات تتفاوت في ذاتها، ويذكر سبب الوجوب لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم لا يجوز الاستبدال به، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء فيه، ليقع التحرر عن موضع الخلاف.وإن كان من ثمن بيع جاز الاستبدال به، وبيان مكان الإيفاء فيه، ليس بشرط، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه بمعنى أنه لا يلزم، ويذكر في السلم شرائط صحته من أعلام جنس رأس المال ووزنه، إن كان وزنيا وإيفائه في المجلس حتى يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وتأجيل المسلم فيه شهرا، أو أكثر حتى يخرج عن حد الاختلاف، وكذا ما سوى ذلك من شرائط السلم، على ما عرف في البيوع.." (١)

"-----الأول: أن يكون المدعى عليه رجلا صحيحا، أو امرأة برزة تخالط الرجال، وفي هذا الوجه: القياس أن لا يعديه؛ لأنه يتضرر به المدعى عليه؛ لأنه ينقطع عن أشغاله، **ومجرد الدعوى** لا تصلح سببا للاستحقاق، خصوصا إذا كان فيه إضرارا بالغير، وفي الاستحسان يعديه بالآثار المشهورة في هذا الباب من جملة ذلك:ما روي: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عدا أبا جهل» وعن عثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم عدوا، وجرى التوارث بهذا إلى يومنا من غير نكير منكر، ولأن القاضي مأمور في فصل الخصومة، وفصل الخصومة إما بالبينة، والبينة لا تسمع إلا على الخصم الحاضر، وإما بالإقرار واليمين، وذلك لا يتحقق بدون حضرة المدعى عليه، والمدعى عليه لا يحضر بنفسه، والمدعي لا يتمكن من إحضاره؛ لأنه يقابله، فيقبض القاضي لإحضاره.ثم الإعداء، على نوعين:أحدهما: أن يذهب القاضي بنفسه، والثاني: أن يبعث من يحضره، ورسول الله عليه السلام فعل كلا النوعين، إلا أن في زماننا القاضي لا يذهب بنفسه، إما لأن الخصومات تكثر على باب القاضي، فلو ذهب في كل خصومة (٢٧٢) بنفسه لا يتفرغ لفصل الخصومات، أو لأن حشمة القاضي بأعوانه، فلو ذهب مع كل الأعوان كان حرجا، ولو ذهب بنفسه يستخف به، فلا يحصل المقصود بالذهاب بنفسه، وأما حشمة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوته كانت بنفسه، فكان يحصل المقصود بذهابه بنفسه.الوجه الثاني: من هذا الوجه، وهو ما إذا كان

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٣٦/٨

المدعى عليه في المصر، ويكون مريضا، أو امرأة مخدرة، وهي التي لم تعتد لها الخروج، فالقاضي لا يعديهما، أما المريض فلأنه معذور، قال الله تعالى: ﴿ولا على المريض حرج﴾ (النور: ٦١) وأما المرأة المخدرة، فلأنه لا فائدة في إحضارها؛ لأن الحياء يمنعها عن التكلم، وعن جواب الخصم، وربما يصير ذلك سببا لفوات حقها، بخلاف ما إذا كانت برزة تخالط الرجال، لأنها تتمكن من الجواب، ومن إقامة الحجة، فكان في إحضارها فائدة.." (١)

"-----وإنه على وجهين أيضا: الأول: أن يكون قريبا من المصر، والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان في المصر، فيعديه **بمجرد الدعوى** استحسانا لما مر، (الثاني) وإن كان بعيدا من المصر لا يعديه **بمجرد الدعوى**، والفاصلة بين القريب والبعيد إنه إذا كان بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس الحكم، وبحيث يبيت في منزله، فهذا قريب، وإن كان يحتاج إلى أن يبيت في الطريق، فهذا بعيد وإنما لا يعديه إذا كان بعيدا على هذا التفسير، لأن في الإعداء إضرارا به، فإنه يتضرر بالبيتوتة في غير أهله.ونظير هذا ما قال أصحابنا رحمهم الله: في الفرقة، إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وبينهما ولد، فأرادت أن تنقل ولدها إلى قريتها، إن كان بحيث يمكن للزوج أن يزور ولده وينظر في أمره، ويبيت في أهله، فلها أن تنقل وإلا فلا.وكذلك المضارب ينفق من مال نفسه في المصر لا من مال المضاربة، وإذا سافر ينفق من مال المضاربة، وإن خرج إلى قرية فإن كان بحيث يمكنه أن يعود إلى أهله في يومه ويتعيش عندهم، فإن نفقته لا تكون في مال المضاربة، وهو والمسافر سواء، ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: إنه ينبغي للقاضي أن ينصب قاضيا على مسيرة يومين من المصر، لأنه إذا كان بين المصر والقرية مسيرة يومين يحتاج إلى إحضار الخصم بالدعوى وفيه ضرر؛ لأنه يحتاج إلى أن يبيت في الطريق، وينقطع عن أشغاله.ثم على قول من أخذ بالقياس في هذه الفصول إذا لم يعده **بمجرد الدعوى**، إذا كان بعيدا من المصر ماذا يصنع؟ ذكر الخصاف في «أدب القاضي»: أن القاضي يأمر المدعي بإقامة البينة على ما ادعاه، ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء، وإنما تكون الأصل الإحضار، وقد يكون البينة لا لأجل القضاء كما في كتاب القاضي، فإن هناك المدعي يقيم البينة ليكتب له، لا ليقضي له، فإذا أقام بينة على ما ادعى أمر بإحضاره، والمستور في هذا يكفي، فإذا حضر أمر المدعي بإعادة البينة ليقضي بها.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٦٥/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٦٨/٨

"-----قال: وإن قال الوصي للقاضي المقلد إن القاضي المعزول حاسبه، فالقاضي المقلد: لا يكف عنه إلا بالبينة؛ لأنه يدعي بطلان حق المحاسبة على القاضي، فلا يصدق عليه إلا بحجة، وإن قال الوصي أو القيم: أنفقت على اليتيم، أو قال: على الوقف كذا من مالي وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم، والوقف، لا يقبل قوله بخلاف ما ادعى الإنفاق من مال اليتيم أو من مال الوقف، حيث يقبل قوله في المحتمل؛ لأنه أمين فيما في يديه من مال اليتيم والوقف، ويدعي الخروج عن عهدة الأمانة بدعوى الإنفاق، من غير أن يثبت لنفسه استحقاق شيء، وقول الأمين في مثل هذا مقبول، فأما إذا ادعى الإنفاق من مال نفسه، فما ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، بل ادعى الاستحقاق لنفسه على الصغير والوقف، ودعوى الاستحقاق لا يقبل من غير حجة.قال: وإن ادعى القيم أو الوصي أن القاضي المعزول أجرى له مشاهرة في كل شهر كذا وكذا، في كل سنة كذا وكذا، وصدقه القاضي المعزول في ذلك، أو لم يصدقه، فالقاضي لا ينفذ ذلك؛ لأن **مجرد الدعوى** ليس بحجة، وكذلك قول القاضي المعزول في الحال ليس بحجة، فإن قامت له بينة على فعل القاضي في حال قضائه قبلت، وأنفذ القاضي المقلد ذلك، لأن للقاضي ولاية تقدير كفايته، وأجراها له في مال اليتيم والوقف، فهذه البينة قامت على إثبات فعل القاضي المعزول في حال قضائه، وفيما هو داخل تحت ولايته، وقوله في حال قضائه فيما هو داخل تحت ولايته مقبول، فهذه البينة قامت على ما هو حجة، فقبلت.بعد هذا القاضي المقلد ينظر في ذلك إن كان ذلك مقدار أجر عمله أو دونه أنفذ ذلك كله، وإن كان أكثر أنفذ مقدار أجر مثل عمله، وأبطل الزيادة؛ لأنه لم يكن للقاضي المعزول أن يزيد على أجر مثل عمله، فلا يكون للمقلد تنفيذ الزيادة.." (١)

"-----قال في «الجامع»: وكذلك إذا شهد شاهد واحد عدل، فالقاضي يمنع الزوج عن الدخول عليها استحسانا، وإنه يخالف ما ذكر في «الأصل »، فقد ذكر في «الأصل » في هذه الصورة أن القاضي إن حال بينهما فهو حسن، ثم قال فإن زكيت الشهود فرق بينهما وإلا ردت المرأة على الزوج، فإن طالت المدة وطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة أو كان لها نفقة مفروضة لكل شهر، فالقاضي يفرض لها النفقة ويأمر الزوج بإعطاء المفروض.ولكن إنما يفرض لها نفقة مدة العدة لا غير؛ لأنها إن كانت مطلقة فهي معتدة ولها نفقة العدة، وإن لم تكن مطلقة فهي منكوحة ممنوعة من الزوج لا لمعنى من جهة الزوج، هذا يوجب سقوط النفقة، ولكن النفقة كانت واجبة وقع الشك في سقوطها، فلا تسقط بالشك إلا أن هذا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨/٥١٦

الشك في مقدار نفقة العدة، فأما الزيادة على نفقة العدة فقد تيقنا بسقوطها.فإذا أخذت قدر (٤أ٨٥) نفقة العدة إن عدلت الشهود سلم لها م١ أخذت؛ لأنه تبين أنها استوفت العدة وهي حقها، وإن ردت الشهادة وردت المرأة على زوجها رجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج تبين أنها ما كانت مستحقة للنفقة، وأن القاضي أخطأ في قضائه وأنها أخذت ما أخذت بغير حق.قال محمد رحمه الله في عتاق «الأصل»: إذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه وليس لهما بينة حاضرة، فإنه لا يحال بينهما وبين المولى، لما ذكرنا أن في الحيلولة إزالة اليد واليد حق مقصود كالملك، فكما لا يجوز إزالة ملك الإنسان **بمجرد الدعوى**، فكذا لا يجوز إزالة يده **بمجرد الدعوى**." (١)

"-----قال في «الزيادات»: رجل مات، فجاء رجل وادعى أنه وارث الميت، لا وارث له غيره، وإن قاضي بلد كذا قضى بكونه وارث الميت، وجاء شاهدين شهدا أن قاضي بلد كذا أشهدنا على قضائه أن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره، وقال الشهود: لا ندري بأي سبب قضى، فإن القاضي الثاني يجعله وارثا؛ وهذا لأنه ثبت بالبينة قضاء القاضي الأول بوراثته، وقضاء القاضي إذا ثبت يحمل على الصحة وعلى موافقة الشرع، وذلك ها هنا في أن يحمل على أنه استقضى في سبب وراثته على الميت، ولم يقدم على القضاء إلا بعدما علم بالحجة سبب وراثته، وينبغي للقاضي الثاني أن يسأل المدعي ما نسبه عن الميت، وهذا السؤال ليس بشرط لتنفيذ القضاء حتى لو لم يبين المدعي شيئا نفذ القاضي الثاني قضاء الأول حملا له على الحق، ولكن هذا السؤال من القاضي الثاني على سبيل الاحتياط ليعلم أنه بأي سبب يستحق، حتى لو ظهر وارث آخر يعرف القاضي الثاني أن أيهما أولى بالميراث؛ ولأنه ربما يبين سببا لا يستحق الميراث بأن جيرانه مولى الميت من أسفل، فيبطل قضاء الأول؛ لأن هذا خطأ عندنا وقد ظهر فيما هو حجة عليه وهو إقراره، فإن أخبر المدعي بسبب يكون وارثا على وجه من الوجوه أمضى قضاء الأول بالميراث ودفع الميراث إليه، ولكن لا يقضي بالسبب الذي ادعى؛ لأن الموجود في حق السبب ليس إلا **مجرد الدعوى** إذا لم يعرف قضاء القاضي بهذا السبب.أما القضاء بأصل الوراثة ثابت بشهادة الشاهدين، فلهذا قضى القاضي الثاني بالميراث دون السبب، فإن جاء رجل بعد ذلك وادعى أنه أب الميت لا وارث له غيره، وأقام على ذلك بينة، ينظر إن كان الأول بين سببا لا يرث مع الأب بذلك السبب، جعل القاضي

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٩١/٨

الثاني الميراث كله للثاني؛ لأن أبوة الثاني ثبت عند هذا القاضي بالبينة، والأول لما بين سببا لا يرث مع الأب بذلك السبب صار مقرا أنه (١٠٤أ) لا حق له في الميراث، وإقرار كل مقر حجة في حقه.." [١]

"ـــــويحبس في الحدود القصاص إذا قامت البينة حتى يسأل عن الشهود؛ لأنه صار بهما، وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «حبس رجلا بالتهمة»، فأما قبل إقامة البينة فإنه لا يحبسه؛ لأن الحبس عقوبة، فلا يجوز أن يثبت **بمجرد الدعوى**، فإن شهد شاهد واحد عدل بذلك حبسه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يحبسه في حد القذف والقصاص؛ لأن عندهما في حد القذف والقصاص يأخذ منه كفيلا، فقد حصل التوثق فلا حاجة إلى الحبس، وعند أبي حنيفة لا تجوز الكفالة في جميع الحدود، فيحتاج إلى التوثق فحبسه؛ لأنه صار متهما بارتكاب الكبيرة بشهادة هذا الشاهد؛ لأنه وجد أحد شطري الشهادة وهي العدالة إن لم يوجد العدد دون العدالة، بأن شهد شاهدان مستوران وثمة يحبسه كذا هاهنا، ولا يحبس العاقلة في الدية والأرش؛ لأنه وجب ليؤخذ من عطائهم وقد أمكن إذا كانوا من أهل الديوان فلا معنى للحبس حتى إذا لم يكونوا من أهل الديوان ولا عطاء لهم فيه يحبسون؛ لأن الدية في أموالهم فحبسون إذا امتنعوا عن الأداء، لأنه تحقق ظلمهم يمنع الحق عن المستحق، فصار كسائر الديون، فيحبسون.وإن طلب المدعي اليمين في القصاص، فامتنع عنه المدعى عليه ونكل، فإنه يحبس عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقد مرت المسألة؛ لأنه يقضي عليه بالمال بالنكول عن اليمين في القصاص بالنفس، فكان اليمين مستحقا عليه، لعيبه فيحبس عند الامتناع منه وكذلك في اليمين في القسامة ويحبس الدعار، والذين هم مخوفون على المسلمين وأهل الفساد حتى يعرف منهم التوبة، والداعر من يقصد إتلاف أموال الناس وأنفسهم أوكلاهما، فإذا كان يخاف على الناس منه في النفس والمال حبس في السجن، حتى تظهر منه التوبة؛ لأنه إنما يندفع شره عن الناس بالحبس.." [٢]

"ـــــوالفرق بينهما: إما على المعنى الأول فلأن إقامة الأجنبي البينة العادلة أو حيث شغل الدار بحق الأجنبي، وهذا يمنع جريان الإرث، فبقي ابن الأخ خارجا كالأجنبي فقضى بالدار بينهما وإقامة ابن الأخ البينة وإن أوجبت شغلا في الدار بحق ابن الأخ، ولكن حقه لا يمنع ثبوت حقه بالإرث فصار ابن الأخ ذا يد والأجنبي خارج فيقضى بها للخارج، وإما على المعنى الثاني: فلأن الإرث وإن جرى إلا أن ابن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٧/٩

الأخ إنما اعتبر خارجا تحقيقا لعرضه بشرط قيام المنازع، وعند إقامة الأجنبي البينة وجد له المنازع فاعتبر ابن الأخ خارجا، فأما عند عدم إقامة الأجنبي البينة لم يوجد المنازع إذ الأجنبي لا يعتبر منازعا لعدم ثبوت الخصوصية له من بين سائر الناس **بمجرد الدعوى**، فاعتبر ابن الأخ ذا يد فقضي بالدار للأجنبي لهذا، ولو أقام كل واحد منهما شاهدا واحدا على العم، فمات العم فورثه ابن الأخ ثم أحضر كل واحد منهما شاهدا آخر فزكيت البينتان يقضى بالدار بينهما نصفان، وهذا لا يشكل على الوجه الثاني؛ لأن ابن الأخ اعتبر خارجا على الوجه الثاني، وإن ملك الدار بالإرث على ما مر، إنما يشكل على الوجه الأول لأن إقامة الأجنبي شاهدا واحدا لا يوجب شغلا في الدار لحق الأجنبي فيملك ابن الأخ الدار بالإرث فيصير هو ذا اليد، والوجه في هذا أن يقال: بأن إقامة الأجنبي شاهدا واحدا وإن لم تصر الدار مشغولا لحق الأجنبي مع هذا ابن الأخ لا يرث الدار من عمه؛ لأنه لو ورثها أدى إلى أمر محال.." (١)

"-----قال في «المنتقى»: عبد باعه نصراني من نصراني، ثم باعه المشتري من نصراني آخر ثم وثم، حتى تداولته عشرة أيد من الباعة كلهم نصارى، ثم أسلم واحد منهم، ثم ادعى العبد أنه حر الأصل وأقام على ذلك شهودا من النصارى، قال زفر رحمه الله: لا تقبل بينته سواء أسلم أولهم أو آخرهم أو أوسطهم حتى يقيم بينة من المسلمين، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان المشتري الآخر هو الذي أسلم لم تقبل بينته، وإن كان غيره أسلم قضي بعتقه، ويرادون الثمن فيما بينهم حتى ينتهوا إلى المسلم، فلا يؤمر برد الثمن ولا من قبله من الباعة، فإن كان العبد أقام البينة على الإعتاق فإن أقام بينة أن البائع الأول قد أعتقه وقد أسلم الأول والشهود نصارى لا أقبل بينته، وكذلك إن كان الأوسط هو الذي أسلم لا تقبل بينته على عتق الأوسط وعلى عتق من بعده، وتقبل بينته على عتق من قبله وهذا قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: أي الباعة أقام عليه البينة من النصارى أنه أعتقه، الذي قبل المسلم والذي بعده سواء تقبل شهادته وقضى بعتقه إلا أن تقوم البينة على المسلم فلا تقبل، وإذا أقام على غيره يتراجعون حتى ينتهوا إلى المسلم فلا يرجع عليه ولا على من قبله إلا أن يقر بذلك، ويترادون بالثمن حتى ينتهوا إلى الذي أعتقه.قال محمد رحمه الله في كتاب الحوالة والكفالة: إذا ادعى مسلم على كافر مالا، وادعى ضمان مسلم عنه، وأقام بينة من أهل الكفر بأصل المال وبكفالة المسلم عنه، فإن المال ثبت في حق الأصيل، ولا يثبت في حق الكفيل؛ لأن شهادة أهل الذمة حجة في حق الأصيل؛ لأنه ذمي وليس

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣١٨/٩

بحجة في حق الكفيل لأنه مسلم، فصار في حق الكفيل كأنه لم يقم البينة أصلا وإنما وجد في حقه **مجرد الدعوى**.." (١)

"-----وإذا مات الرجل وترك دارا فقال ابن الميت وهو مسلم: مات أبي وهو مسلم وترك هذه الدار ميراثا لي، وجاء أخ الميت وهو ذمي فقال: مات أخي وهو كافر على ديني وابنه هذا مسلم، فالقول قول الابن وله الميراث، وذلك لأن مدعي الكفر لو كان مساويا للمسلم في الدعوى وسبب الاستحقاق، بأن كان ابنا كان القول قول المسلم بسبب الإسلام، فإذا كان دونه في سبب الاستحقاق أولى أن يكون القول قول المسلم.ولو أقاما جميعا على مقالتهما بينة أخذت بينة المسلم؛ لأن المدعي بكفر الميت لو كان مساويا لمدعي الإسلام في الاستحقاق، بأن كان ابنا كانت بينة المسلم أولى، فإذا لم يكن مساويا له في الاستحقاق أولى أن تكون البينة بينته.ولو أقام الأخ بينة من أهل الذمة على ما قال ولم يقم الابن البينة لم أجز بينة الأخ ليست بحجة على الابن، لأنه مسلم ولا شهادة للكافر على المسلم، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، فأما إذا أقام الأخ مسلمين على ما ادعى من كفر الميت الآن يقضى بالميراث للأخ؛ لأن سبب الحرمان يثبت في حق الابن وهو كفر الميت؛ لأن الأخ أقام البينة على الكفر ولم يقم الابن بينة إنما له **مجرد الدعوى** ولا عبرة للدعوى بمقابلة البينة، وكان بمنزلة ما لو أقام الأخ البينة أن الابن قتل الأب والابن يقول: لم أقتل كان الميراث للأخ، بخلاف ما لو أقام البينة ولم يقم لهما بينة، لأن هناك الموجود **مجرد الدعوى** من الجانبين أو الدعوى مع البينة، ولا مساواة بين الدعوتين، وسبب الاستحقاق وحالة المسلم منهما أولى فحال عدم المساواة أولى أن يكون أولى.." (٢)

"-----بيانه: أن هناك الدار حال موت العم مشغولة بحق ابن الأخ الذي هو وارث لا لحق الأجنبي، وشغل التركة بحق الوارث لا يمنع الإرث، ألا ترى أن الدين المستغرق للتركة لو كان للوارث لا يمنع ذلك جريان الإرث، فصارت الدار لابن الأخ وزال عن ملك العم ويده حقيقة وحكما، فصار الملك واليد لابن الأخ حقيقة وحكما، وبقي الأجنبي خارجا حقيقة وحكما، وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى مات العم ثم أقاما البينة لأن هناك الدار وقت موت العم لم تكن مشغولة بحق الأجنبي لأنه لم يوجد من الأجنبي إلا **مجرد الدعوى** وبه لا يثبت الحق، ولهذا أجري إقرار المدعى عليه بالمدعى به

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٨٣/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٩٧/٩

لغيره في هذه الصورة مجرى الإرث فصارت الدار مملوكة لابن الأخ، وصار هو صاحب اليد حقيقة وحكما.وعبارة بعضهم: أن ابن الأخ وإن ورث الدار من العم وصار ذو اليد حقيقة، فقد بقي خارجا حكما ومعنى، بيانه: أنه لم يملك الدار على الوجه الذي ادعى وأراد، فإنه ادعى أن هذه الدار موروثة له من جهة الأب لا من جهة العم وله في هذه الدعوى فائدة بعد موت (١٩٠أ٤) العم حتى لا يتعلق بهذه الدار حقوق العم متى ظهر دين أو وصية، ولم يحصل هذا المقصود لابن العم بموت العم وصورة الدار ميراثا له فبقي محتاجا إلى إثبات ما ادعى بالبينة لكونه ثابتا بظاهر يده.." [١]

"-----وليس كما لو لم يقيما البينة حال حياة العم حتى لو مات العم ثم أقاما البينة، فإن هناك يقضي ببينة الأجنبي، ولم يجعل ابن الأخ خارجا، وإن كان محتاجا إلى إثبات ما ادعاه بالطريق الذي قلنا لأنا إنما يعتبر للحاجة إلى إثبات المدعي في جانب الأخ إذا كان لابن الأخ منازع في هذه الدار وقت موت العم ثبت لمنازعه نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس، بأن أقام شاهدا واحدا لأن بإقامة شاهدين يثبت له حق الملك، وبإقامة شاهد واحد صار بحال إذا أقام شاهدا آخر، يستحق الدار وقت موت العم، لم يثبت له نوع خصوصية من بين سائر الناس بأن وجد **مجرد الدعوى** لا يعتبر مقصود ابن الأخ في هذه الحالة فلا تقبل بينته، وهذا لأن ما هو مقصود ابن الأخ مما ادعى قد يحتاج إليه ابن الأخ بأن ظهر على العم دين أو وصية، وقد لا يحتاج إليه ابن الأخ بأن لا يظهر عليه دين أو وصية، وقد يظهر وقد لا يظهر فوجب مراعاة مقصوده في حال دون حال، مراعيا من الوجه الذي بينا، وليس كما لو أقام ابن الأخ البينة على ما ادعى حال حياة العم، ولم يقم الأجنبي بينة، فإنه يقضي بالدار كله للأجنبي لأنه لم يثبت لمنازعه، وهو الأجنبي وقت موت العم نوع خصوصية بهذه الدار من بين سائر الناس لأنه لم يوجد منه إلا **مجرد الدعوى**، وفي هذه الحالة لا يعتبر مقصوده، وإذا لم يعتبر اعتبر هو ذو اليد حقيقة وحكما، فيقضي ببينة الأجنبي بعد ذلك بينة على ابن الأخ أن الدار داره، ورثها من أبيه وأراد أخذ ما صار لابن الأخ، لم يكن له ذلك لأن كل واحد منهما أقام البينة على كل الدار، ولولا بينة صاحبه لما حرم من النصف، فعلم أن كل واحد منهما صار مقضيا عليه فيما صار لصاحبه بالقضاء، وبينة المقضي عليه فيما صار مقضيا عليه، لا تقبل إلا إذا ادعى تلقي من جهة المقضي له، ولم يوجد ههنا.." [٢]

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨٠/١٠

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨١/١٠

"-----...... يقضي بنصيبي لاستوائنا في كوننا خارجين، أو نقول بعبارة أخرى يقول لذي اليد: قضاء القاضي بالربع للأجنبي انصرف إلى نصيبك خاصة لأن تصحيح قضاء القاضي واجب ما أمكن، وإنما يصح قضاء القاضي لكل الربع إذا كان كل الربع لذي اليد، أما إذا كان مشتركا بينه وبين أخيه لا يصح في نصيب أخيه لأن الأجنبي صار مقضيا عليه فيما صار لأخي ذي اليد بالقضاء وبينة المقضي عليه لا تسمع على المقضي له إلا إذا ادعى تلقي الملك من جهة (١٩١أ٤) المقضي له، فعلم أن القضاء انصرف إلى نصيب ذي اليد خاصة.قال: ولو كان الذي في يديه الدار أقر أنه ورثها من أبيه بعدما أنكر الوراثة وبعدما أقاما البينة، فالجواب فيه والجواب فيما إذا لم يقر بالوراثة سواء، يقضى بثلاثة أرباع الدار للأجنبي، وبربعها لأخي ذي اليد لأن إقراره لم يصح في حق أخيه؛ لأن أخاه استحق ربع الدار بالبينة، وبإقرار صاحب اليد يبطل ذلك الاستحقاق؛ لأنه يصير صاحب اليد مع صاحب اليد لأن التركة في يد أحد الورثة كأنها في يد الكل خصما على ما عرف، وبينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق والميراث مع بينة الخارج لا تقبل عندنا، فلم يصح إقرار ذي اليد في حق أخيه وصار وجوده والعدم بمنزلة، ولو انعدم إقراره أليس أنه يقضى بالدار بينهما أرباعا؟ فكذا ههنا.وإن كان إقرار ذي اليد بالوراثة قبل إقامتهما البينة، ثم أقاما البينة يقضى بكل الدار للأجنبي؛ لأن إقرار ذي اليد في هذه الصورة صحيح في حق أخيه؛ لأنه لا يبطل عليه حقه لأن بمجرد الدعوى لا يستحق شيئا، فإذا صح إقراره في حق أخيه صارا جميعا ذا اليد على ما ذكرنا، فكان بينة الخارج أولى، فلهذا قضى بجميع الدار للأجنبي.." (١)

"-----والجواب وهو الفرق بينما قبل إقامة البينة، وبينما بعدها أن التزكية لا تجعل الشهادة حجة، بل تظهر كونها حجة موجبة للاستحقاق من وقت (٢٢٢أ٤) وجودها، فإذا كانت الشهادة قبل وجود الإقرار حجة، فعند ظهور العدالة يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ويتبين أن الإقرار كان باطلا في شخص وهو ليس بمالك، ومتى ظهر الإقرار بطل التصديق، لأنه ينبني عليه صار وجودهما، والعدم بمنزلة، ولو لم يوجد أيقضي بينهما، فكذا إذا صار وجودهما والعدم بمنزلة، فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار، فعند ظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار فلا يتبين أن الإقرار كان باطلا، وإذا لم يبطل الإقرار صار المقر له صاحب يد وغير المقر له خارج، فيقضي ببينة الخارج، عبارة أخرى للفرق بينهما، أنهما إذا أقاما البينة بعد الإقرار فقد استحق كل واحد منهما القضاء بجميع العبد عند تركته ببينته على الإنفراد، ونصف العبد عبد

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩٠/١٠

تركته ببينته وبينة صاحبه، فهو بإقراره لأحدهما، يريد إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما عليه، أما استحقاق المقر له؛ فلأنه يقول له من حيث المعنى: أنا مقر لك بالملك في العبد، والبينة إنما تسمع على الجاحد لا على المقر فبطل استحقاقه عليه بالبينة. وأما استحقاق الآخر فلأنه يقول له من حيث المعنى: العبد ملك المقر له، وفي يدي أمانة، ويد الأمانة ليست بيد خصومة، وليس له ولاية إبطال الاستحقاق الثابت لكل واحد منهما بإقراره، فصاروجود هذا الإقرار منه والعدم بمنزلة، والتقريب ما ذكرنا، فأما إذا أقر قبل إقامة البينة، فليس في هذا الإقرار إبطال الاستحقاق لهما عليه، لأن كل واحد منهما لم يستحق عليه شيئا قبل إقامة البينة، لأن **مجرد الدعوى** لا يصلح سببا للاستحقاق، فصح إقراره، وصار المقر له صاحب يد والتقريب ما ذكرنا، وكذلك لو أقام كل واحد منهما شاهدا واحدا على دعواه، ثم إن صاحب اليد أقر بالعبد لأحدهما، فالقاضي يدفع العبد الى المقر له لما." (١)

"-----وبعضهم قالوا: قيام الفراش بينه وبينها لا يمنع فراشا له على غيرها؛ إما بنكاح ملك يمين، فإذا كان الولد في يد الزوج كان بيان سببه إليه أنه على فراش حصل له، وأما ثبوت الفراش له عليها ينافي فراشا آخر عليها لغيره، فكان هذا الفراش في حقها متعينا؛ وباعتباره يثبت النسب من الزوج.وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد امرأة قالت لزوجها: هذا ولدي منك وهو في يدها، وشهدت امرأة على ولادتها وكذبها الزوج؛ لزم الزوج إذا لزمها لزمه، ولو كان الزوج يدعي ذلك وكذبته المرأة، فأقام الزوج امرأة على الولادة لم يصدق الزوج، وإنما يعتبر قول المرأة الشاهدة إذا ادعت.وفيه أيضا ابن سماعة عن محمد: صبي في يدي رجل وامرأة؛ قالت المرأة: هذا ابني من هذا الرجل، وقال الرجل: هذا ابني من امرأة أخرى غيرها، فإنه يكون ابن الرجل، ولا يكون ابن المرأة، فإن جاءت المرأة بامرأة وشهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه، وكانت زوجته بهذه الشهادة؛ لأني جعلته ابنهما، وإن كان الولد في يدي الرجل دون المرأة، والمرأة امرأته، فادعى الرجل أنه ولده من غيرها، وادعت المرأة أنه ابنها منه، ويكون ابنه من قبل أنه في يده.نوع آخر في دعوى المرأة نسب الولدصبي في يدي رجل، جاءت امرأة وادعت أنه ابنها وأقامت على ذلك شاهدين؛ قضي لها بالولد، وإن لم تقم إلا امرأة، فإن كان صاحب اليد يدعيه لنفسه لا يقضى للمرأة المدعية.قيل: هذا قول أبي حنيفة، فأما على قولهما: يقضى للمرأة المدعية بناء على أن شهادة القابلة على الولادة إذا لم يتأيد بمؤيد، وتضمنت إبطال حق مستحق على الغير ليست بحجة عند أبي حنيفة رحمه الله. وهنا تضمنت إبطال اليد

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠/٣٧٤

على ذي اليد، فصار وجودها والمعدوم بمنزلة بقي **مجرد الدعوى** من جانبها ومن جانب صاحب اليد كذلك، فيقضى لصاحب اليد، وعندهما شهادة القابلة حجة بمنزلة شهادة الرجلين، وقضي بالولد للمدعية.." (١)

"-----وإن كان ذو اليد لا يدعي لنفسه يقضى بالولد للمرأة المدعية؛ لأن ذا اليد إذا كان لا يدعيه لنفسه وهو لقيط، فليس له على اللقيط يد مستحقة، ألا ترى أن للقاضي أن ينزعه من يده، وإذا كان للقاضي ولاية إبطال يده من غير شهادة القابلة، فمع شهادة القابلة أولى.صبي في يدي امرأة ادعت امرأة أخرى أنه ابنها؛ وأقامت على ذلك بينة، وأقامت المرأة التي في يديها امرأة ابنها يقضى للتي في يديها، أما على قول أبي حنيفة؛ فلأن شهادة المرأة الواحدة للخارجة عند دعوى ذي اليد؛ ومجرد دعوى الخارجة سواء، وأما عندهما فلأنهما استويا في الدعوى والحجة، وترجح ذو اليد بحكم يده.ولو شهد لكل واحد منهما رجلان قضي لذي اليد. ولو شهد لصاحبة اليد امرأة واحدة، وشهد للخارجة رجلان قضي للخارجة، أما عند أبي حنيفة فلأن شهادة امرأة واحدة على الولادة حالة المنازعة **ومجرد الدعوى** سواء، وأما عندهما فلأنه لا تعارض بين الحجتين؛ لأن شهادة امرأة واحدة حجة على الولادة لا غير، وشهادة الرجلين حجة في الولادة وغيرها من الأحكام.صبي في يدي رجل لا يدعيه، أقامت امرأة بينة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه؛ وأقام رجل بينة أنه ولده على فراشه ولم يسم أمه، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من هذه المرأة، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو كان المدعي رجلان والصبي في يد أحدهما، فإنه يقضي لصاحب اليد؛ لأن الترجيح بحكم اليد إنما يكون عند تعذر العمل بالبينتين، وقد أمكن العمل بالبينتين؛ لأنهما قامتا لإثبات نسب هذا الولد من هذا الرجل وهذه المرأة، والنسب هكذا يثبت من الرجل والمرأة، بخلاف ما إذا كانت الدعوى من رجلين؛ لأن هناك تعذر العمل بالبينتين؛ لأن النسب لا يثبت من رجلين، فرجحنا بينة أحدهما بحكم اليد والله أعلم.نوع آخر في دعوى نسب ولد أمة الغير بحكم النكاح." (٢)

"-----وفي «مجموع النوازل»: امرأتان ولدت كل واحدة منهما ابنا في ليلة مظلمة، ثم ادعيا ابنا واحدا بعينه، وقالت كل واحدة: هذا هو الابن الذي ولدته، فإن الولد الذي ادعياه ابنهما، والولد الآخر يربى من بيت المال هكذا ذكر، وإنه مشكل عندنا، وقد ذكر في كتاب «الدعوى» من الأصل، وفي كتاب

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٩٠/١٠

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٩١/١٠

اللقيط: أن المرأتان إذا ادعتا نسب ولد وأقامت كل واحدة رجلين، أو رجل وامرأتين فعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يثبت نسبه من واحدة منهما، وعلى قول أبي حنيفة يثبت نسبه منهما. وإذا أقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة ذكر في رواية أبي سليمان أنه لا يقضى لواحدة منهما بهذه الحجة عند أبي حنيفة، وذكر في رواية أبي حفص أنه يقضى بالولد بينهما، ولو لم يكن لواحدة منهما حجة لا يقضى بنسب الولد بينهما بلا خلاف، وقد أثبت النسب منهما ههنا **بمجرد الدعوى**، فما ذكر في «مجموع النوازل» يخالف الرواية.قال في «مجموع النو ازل»: ولو كان أحد الولدين ذكرا والآخر أنثى ادعت كل واحدة منهما الابن، وبقيت الابنة، يوزن لبنهما، فيجعل الابن للتي لبنها أثقل.وفي «نوادر أبي سليمان» عن أبي يوسف: في رجل ادعى عبدا في يدي رجل وقال: بعتني هذا العبد بألف درهم ونقدتك الثمن، وجحد البائع البيع وقبض الثمن، وشهد شاهدان على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن، وقالا: لا نعرف العبد، ولكن البائع قال لنا: اسم عبدي زيد، فشهد شاهدان آخران أن هذا العبد زيد وشهدا على إقرار البائع أنه زيد، أو أقر البائع أن هذا العبد زيد، فإن العبد لا يتم بهذه الشهادة، ويحلف البائع فإن حلف يرد الثمن.v." (١)

"

وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط **بمجرد الدعوى** لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة تتحقق **بمجرد الدعوى** للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار

وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما وكان يقول أولا لا يقطع لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠/٦٢٤

وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رحمه الله ومعنى هذا إذا كذبه المولى

ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الإضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رحمه الله في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولأبي يوسف رحمه الله أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه

". (١)

"

قال وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل وأخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسانا عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه **بمجرد الدعوى** حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/١٢٩

قال فإن فعل وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه إلا أن يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله عز وجل دون غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال عليه الصلاة والسلام من حلف بغير الله فقد أشرك وقد تؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط فيه كيلا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير

قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق

قال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام لقوله صلى الله عليه وسلم لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن اليهودي

". (١)

"في حق المدعي وإن كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافرلأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم

---

(١) الهداية شرح البداية، ٣/١٥٩

قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق ليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله تعالى عنه وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا لأنه أسقط حقه والله أعلم بالصواب

& باب التحالف

قال وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى منها وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان به فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسعلة قائمة بعينها تحالفا وترادا

". (١)

"استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه وإن كان

---

(١) الهداية شرح البداية، ٣/١٦١

محتبسا بالشاطيء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم

قال وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان

قال وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه

قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هده الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة

قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف رحمهما الله وقد ذكرناه

". (١)

---

(١) الهداية شرح البداية، ٤/٢٢٢

"مقام رجل فإذا كن أربعا يقمن مقام رجلين فيكمل العدد

ولنا ما روي أن رسول الله أجاز شهادة القابلة في الولادة فدل على جواز شهادتها في الولادة من غير اعتبار العدد ولأن الأصل فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن أنه لا يشترط فيه العدد منهن على هذا أصول الشرع كما في رواية الأخبار والإخبار عن طهارة الماء ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات والمعاملات وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف أن العدد شرط لأن العدد إنما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء بانفرادهن وههنا يقبل فلا يشترط العدد فيهن ولو نفى الولد يلاعن لأنه يثبت نسب الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وإنما الثابت بشهادتها الولادة وتعين أي الذي ولدته هذا لجواز أنها ولدت ميتا أو حيا ثم مات فإذا نفى الولد فقد صار قاذفا لأمه بالزنا وقذف الزوجة بالزنا يوجب اللعان وكذلك إذا قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة تصير الجارية أم ولد لأن النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله إن كان في بطنك ولد فهو مني دعوى النسب والحاجة بعد ذلك إلى الولادة وتعين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة وإذا ثبت النسب صارت الجارية أم ولد له ضرورة لأن أمية الولد من ضرورات ثبوت النسب

ولو قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فقالت ولدت وأنكر الزوج الولادة فشهدت قابلة على الولادة يثبت النسب بالإجماع وإن لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا فهل يقع الطلاق قال أبو حنيفة لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان

وقال أبو يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة إذا كانت عدلة (((عدلا)))

وجه قولهما أن الولادة قد تثبت بشهادة القابلة بالإجماع ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لأنه معلق بها

ولأبي حنيفة أن شهادة القابلة حجة ضرورية لأنها شهادة فرد ثم هو أنثى فيظهر فيما فيه الضرورة وفيما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة في الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق في الجملة فلا ضرورة إلى إثبات الولادة في حق وقوع الطلاق فلا يثبت في حقه والنسب ما ثبت بالشهادة وإنما يثبت بالفراش لقيام النكاح وإنما الثابت بالشهادة الولادة وتعين الولد ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب أيضا فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق وإن كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد

قولها وإن لم تشهد القابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يقع إلا بشهادة القابلة ولا خلاف في أن النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة

وجه قولهما أن المرأة تدعي وقوع الطلاق والأصل أن المدعي لا يعطي شيئا **بمجرد الدعوى** لأن دعوى المدعي عارضها إنكار المنكر وقد قال لو أعطى الناس بدعواهم الحديث إلا فيما لا يوقف عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما في الحيض

والولادة أمر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه ولهذا لم يثبت النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق لأنها تدعي وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم للمدعي حجته

وجه قول أبي حنيفة أنه قد ثبت الحبل وهو كون الولد في البطن بإقرار الزوج بالحبل أو يكون الحبل ظاهرا وأنه يقضي (((يفضي))) إلى الولادة لا محالة لأن الحمل يوضع لا محالة فكانت الولادة أمرا كائنا لا محالة فيقبل فيه قولها كما في دم الحيض حتى لو قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق فقالت حضت يقع الطلاق كذا ههنا إلا أنه لم يقبل قولها في حق إثبات النسب بدون شهادة القابلة لأنها متهمة في تعيين الولد فلا تصدق على التعيين في حق ثبات (((إثبات))) النسب ولا تهمة في التعيين في حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير شهادة القابلة

ونظيره ما إذا قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وامرأتي الأخرى فلانة معك فقالت حضت وكذبها الزوج تطلق هي ولا تطلق ضرتها ويثبت حيضها في حقها ولا يثبت في حق ضرتها إلا بتصديق الزوج لكونها متهمة في حق ضرتها وانتفاء التهمة في حق نفسها كذا ههنا والله أعلم

وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة فجاءت بولد إلى سنتين فأنكر الزوج الولادة أو ورثته بعد وفاته وادعت هي فإن لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل

---

(١) ".

"الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٦/٣

فصل وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة

وروي أن رجلا جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما فقال إني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال عرفها سنة

وروينا عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام في التعريف في موضعين أحدهما في مدة التعريف

والثاني في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة إن كان شيئا له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وإن كان شيئا قيمته أقل من عشرة يعرفه أياما على قدر ما يرى

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال إن كان مائة ونحوها عرفها سنة وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهرا وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وإن كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وإن كان دانقا ونحوه عرفه يوما وإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها وإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها

وأما مكان التعريف فالأسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وأقام (((وتقام))) البينة أنها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وإن لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بأن وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع إليه وإن شاء أخذ منه كفيلا لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى رهنا (((وهنا))) لا عبرة بمجرد الدعوى بالإجماع فجاز أن يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلا لجواز مجيء آخر فيدعها (((فيدعيها))) ويقيم البينة ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها وإن شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فإن كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وإن كان غنيا وتكون قرضا عليه

واحتج بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولا فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل إن الحكم لا يختلف

ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقط فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاءه صاحبها فليردها عليه وإن لم يأت فليتصدق

والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالإجماع فتعين حالة الغنى

والثاني أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغني وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا لضرورة ولا ضرورة إذا كان غنيا

وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقطة (((باللقط))) إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض وإذا تصدق بها على الفقراء فإذا جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجده لأن التصدق كان موقوفا على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وإن كان فقيرا فإن شاء تصدق بها على الفقراء وإن شاء أنفقها على نفسه فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر وبين أن يضمنها له على ما ذكرنا

وكذلك إذا كان غنيا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال

واحتج بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف

ولنا ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لأنا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا

." (١)

"فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فإذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه

قال بعضهم لا يرجع لأن القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبه استحقاق النصف من دار واحدة

وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدوري عليه الرحمة وهو الصحيح لأن القاضي إنما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما إذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأي القاضي إذا فعلا بأنفسهما

ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة لأن القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فإذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا

وأما عندهما فينبغي أن لا يرجع

كذا ذكره القدوري عليه الرحمة وفرق بين الرقيق وبين الدور

وبينهما فرق لأن القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعي الأعدل في ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلام (((السلامة))) من صاحبه فلا يرجع عليه

والله سبحانه وتعالى أعلم

وعلى هذا الأصل إذا اقتسم قوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق أو ظلة فإن كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لأن رقبة الأرض ليست بمملوكة لأحد بل هي حق العامة وإن كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لأن له في السكة مسلكا فأشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل وأما صفات القسمة فأنواع منها أن تكون عادلة غير جائرة

وهي أن تقع تعديلا للأنصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا إفراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٠٢/٦

وعلى هذا إذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالبينة أو بالإقرار تستأنف لأنه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين إما إن كان المدعي أقر باستيفاء حقه وإما إن كان لم يقر بذلك فإن كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لأن الإقرار باستيفاء الحق إقرار بوصول حقه إليه بكماله ودعوى الغلط إخبار أنه لم يصل إليه حقه بكماله فيتناقض وإن كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة **بمجرد الدعوى** لأن القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا بحجة

فإن أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وإن لم تقم له بينة وأنكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط لأنه يدعي عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف

وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فإن أقام البينة وإلا فيحلف شريكه إن شاء لما قلنا فإن حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فإن كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعي وبين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبيهما لأن نكوله دليل كون المدعي صادقا في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما

وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسماها (((اقتسماهما))) فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط في القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضي للمدعي بذلك الذرع من الدار الأخرى وبنوا هذه المسألة على بيع ذراع من دار أنه لا يجوز عنده وعندهما جائز

ووجه البناء أن قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وإن كان لازما في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه

وإذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم

ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه أنه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته وإن أقاما جميعا البينة أخذت بينة المدعي لأنه خارج وإن كان قبل الإشهاد والقبض تحالفا وترادا

وكذا لو اختلفا في الحدود فادعى كل واحد منهما حدا في يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لأن كل

". (١)

"كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف رده إلى المالك لأنه يؤكد الخصومة فيتمها لحصول مقصودها فتبقى تقديرا . وأما التمليك فيضاد مقصودها إذ لا يخاصم أحد ليملك وإنما يخاصم ليسترد فيقطعها وعن أبي يوسف أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لأن السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا أثر للعارض في إيراث الخلل في الظهور أو الوجوب لأن الهبة ونحوها من أسباب الملك توجب ملكا حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك ونحن بينا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده فإن قيل إذا تزوج بمن زنى بها يحد فلولا أن العارض كالعدم لما حد قلنا بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق وأما إذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه فمعناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط عنه الحد **بمجرد الدعوى** ما لم تقم بينة لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق **بمجرد الدعوى** للاحتمال ولا معتبر بما قال فإن المقر إذا رجع صح وإن كان لا يعجز عنه سارق وأما إذا نقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به النقصان من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع أقل فإنه لا يقطع وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لأن النصاب تم عند الأخذ وهو المعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا فيه كما في النقصان في العين ولنا أن النصاب لما كان شرطا شرط قيامه عند الإمضاء على ما بينا من قبل بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لأن العين مضمونة على السارق فكمل النصاب عينا ودينا ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لأنه يكون بفتور الرغبات ومثله لا يكون مضمونا على أحد قال رحمه الله (ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي لو أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء لأن السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه لأنه أنكر السرقة بعد

(١) بدائع الصنائع، ٧/٢٦

الإقرار بها فكان رجوعا في حقه وأورث شبهة في حق الآخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول إنه أقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولهما أن الشركة لما لم تثبت بإنكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر ما قتلت يقاد المقر وحده ، وكقوله زنيت أنا وفلان بفلانة وكذبه الآخر حد المقر وحده قال رحمه الله (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر) أي الحاضر وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجب عليه القطع لأن الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لأنه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر قال رحمه الله (ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه) وهذا على إطلاقه قول أبي

". (١)

" القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار إلى الأرش ونظيره إذا أقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد تجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لأن المال فيه أصل ثم يتعدى إلى الحد ، فإذا قصر يبقى الأصل على حاله وهنا الأصل القصاص ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال حتى أبيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان إذا قطعها بأمره بخلاف النفس ، فإنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى ، فإذا سلك بها مسلك الأموال يجري فيها البذل كالأموال إلا أنه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة قال رحمه الله : (ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف ومحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في أخرى وهذا الخلاف فيما إذا كانت حاضرة في المصر ، وإن كانت خارج المصر يحلف بالإجماع وإن كانت في مجلس الحكم لا يحلف

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٣٠

بالإجماع لأبي يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذي روينا وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل إلى حقه في الحال بإقراره أو نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه إذا طلبه كما إذا كانت خارج المصر ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما إذا كانت خارج المصر لأنه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولأن في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم إذا أقام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يضيع حقه بتغييبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور واجب عليه إذا طلبه لما تلونا حتى يعدي عليه ويشخص إلى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره **بمجرد الدعوى** كاستحلافه **بمجرد الدعوى** ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لأن الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد إقامة البينة ، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبي يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى إذا كان يجلس في كل يوم يكفل إلى اليوم الثاني ، وإن كان يجلس في كل عشرة أيام يوما يكفل إلى عشرة أيام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه إن كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على إعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي الإنسان نفسه لأجله لا يجبر على التكفيل لكن إذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا إذا قال لي بينة حاضرة ، وإن قال ليس لي بينة أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لأن الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فإن أبى لازمه) أي دار معه (حيث سار) أي إن أبى أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي) أي إلى

". [1]

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٣٠٠

" على البتات لأن الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار إليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البتات إن كان ملكه بالهبة أو بشرائه إياه لأن الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ، ولو لم يعلم أنه ملك للمملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لأن الملك باختياره لا يكون إلا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات . فإذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث ، فإنه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولأن الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والأصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الأول لأنه فعلهم وفي الثاني على العلم لأنه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها إلا في الرد بالعيب ، فإنه إذا ادعى المشتري أن العبد آبق ونحو ذلك فأراد المشتري تحليف البائع ، فإنه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره ، وإنما كان كذلك لأن البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولأنه إنما يكون الحلف على فعل الغير على العلم إذا قال المنكر لا علم لي بذلك ، وأما إذا ادعى العلم فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال : إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن ، فإنه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده) لما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعي عليه أربعون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن الأسود سبعة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاه منها أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يحلف ولأن بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا ، وقد قال عليه الصلاة والسلام ﴿ ذبوا عن أعراضكم بأموالكم ﴾ وقال

علي كرم الله وجهه إياك وما يقع عند الناس إنكاره ، وإن كان عندك اعتذاره ولأن المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذه على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز ، وإن لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز أن يكون لعقد واحد جهتان كمن أقر بحرية عبد ثم اشتراه فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الإنكار ، فإنه بدل حقه في حق المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما أبطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما إذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم (باب التحالف) قال رحمه الله (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضي لمن برهن) أي لمن أقام البينة لأنه نور دعواه بالبينة إذ البينة مبينة كاسمها فبقي في الجانب الآخر م**جرد الدعوى** والبينة أقوى منها إذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها **مجرد الدعوى** قال رحمه الله (وإن برهنا فلمثبت الزيادة) أي إذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات شرعت للإثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها تثبت الحق له فيه والأخرى تنفيه والبينة للإثبات دون النفي قال رحمه الله (وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي إن عجزا عن إقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما قاله صاحبك

". (١)

" هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الإذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه إلى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير إذن المولى والله أعلم ﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولده) لأنها لما ولدت من مولاها صارت أم ولد له فتلقاها جهتا حرية

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٣٠٤

عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيتهما شاءت ، ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج إلى تصديقها لأنها مملوكة له رقبة بخلاف ما إذا ادعى ولد جاريته المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى إلا بتصديق المكاتبة لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وإنما له حق الملك فيحتاج فيه إلى تصديقها بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه **بمجرد الدعوى** ولا يحتاج فيه إلى تصديق الابن لأن له أن يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما بيناه في النكاح فلا حاجة إلى تصديقه ، والولد حر لأن المولى يملك إعتاق أولادها لأنهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها وإذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لكونها أخص بنفسها وأكسابها . وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لأنها ما التزمت البدل إلا لتسلم لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فإذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه له أو لورثته مجانا فلا يجب عليها وإن ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وإن لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لأنه حر وإن ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد إنما يثبت نسبه من غير دعوة إذا لم يحرم على المولى وطؤها وإن حرم فلا يلزمه حتى إذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة إلا إذا نفاه صريحا كسائر أولاد أمهات الأولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لأنه مكاتب تبعا لها ، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها . قال رحمه الله (وإن كاتب أم ولده أو مدبره صح) لأن ملكه ثابت في كل واحد منهما وإن كانت أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته إلى التوصل إلى ملك اليد والمكاسب في الحال وإلى الحرية في المآل ، وأم الولد في هذا كغيرها لأنها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه إثبات هذه المالكية لها بالبدل ولأن ملكه فيها محترم وإن لم يكن متقوما عند أبي حنيفة فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص . قال رحمه الله (وعتقت

". (١)

---

(١) تبيين الحقائق، ٥/١٦١

"ونفقته في بيت المال (ولا يسلم إليه إلا أن يقيم) الذمي (بينة أنه ولد على فراشه فيلحقه دينا) لثبوت أنه ولد ذميين كما لو لم يكن لقيطا (بشرط استمرار أبويه على الحياة والكفر) إلى بلوغه عاقلا

فإن مات أحدهما أو أسلم قبل بلوغه الحكم بإسلامه (والمجنون كالطفل) إذا أقر إنسان أنه ولده لحق به (إذا أمكن أن يكون منه وكان) المجنون (مجهول النسب) لأن قول المجنون غير معتبر فهو كالطفل (وكل من ثبت إلحاقه بالاستلحاق لو بلغ) أو عقل (وأنكر لم يلتفت إلى قوله) لنفوذ الإقرار عليه في صغره أو جنونه لمستند صحيح

أشبه الثابت بالبينة (وإن ادعاه) أي نسب اللقيط (اثنان أو أكثر) سمعت لأن كل واحد لو انفرد صحت دعواه

فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى ولا فرق بين المسلم والكافر والحر والعبد

فإن كان (لأحدهما بينة قدم بها) لأنها تظهر الحق وتبينه (وإن كان) اللقيط المدعي نسبه (في يد أحدهما وأقاما بينة قدمت بينة خارج) كالمال (وإن كان) اللقيط (في يد امرأة) وادعت نسبه وأقامت به بينة (قدمت على امرأة ادعته بلا بينة) لأن البينة موضحة (وإن تساووا في البينة) بأن أقام كل منهم بينة والطفل بأيديهم أو ليس بيد واحد منهم (أو) تساووا في (عدمها عرض) اللقيط (معهما) أي المدعيين إن ادعياه معا وإلا لحق بالأول إلا أن تلحقه القافة بالثاني فيلحق به وينقطع نسبه عن الأول لأنها بينة في إلحاق النسب فيزول بها الحكم الثابت **بمجرد الدعوى** (على القافة) بالتخفيف جمع قائف ويأتي معناه

وكان إياس بن معاوية قائفا وكذا شريح قاله في المبدع (أو) عرض (مع أقاربهما إن ماتا) أي المدعيين (كالأخ والأخت والعمة والخالة فإن ألحقته) القافة (بأحدهما لحق به) لحديث عروة عن عائشة قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور فقال أي عائشة ألم تري لي مجزز المدلجي دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض وفي لفظ دخل قائف والنبي صلى الله عليه وسلم شاهد وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض فسر بذلك النبي صلى الله عليه وسلم وأعجبه وأخبر به عائشة متفق عليهما

وبه قال عمر وأبو موسى وابن عباس وأنس وقضى به عمر بحضرة الصحابة رضي الله تعالى عنهم فكان إجماعا (وإن ألحقته)

." (١)

"كان) الزوج (دخل بها) ثم فسخ (فلها المسمى) لتقرره بالدخول

(وولده منها حر) لأنه اعتقد حريتها فكان ولده حرا لاعتقاده ما يقتضي حريته

(ويفديه) الزوج (بقيمته يوم ولادته) قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس لأنه محكوم بحريته عند الوضع

فوجب أن يضمنه حينئذ لأنه وقت فوات رقه

ولأن الزيادة بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة

(إن ولدته حيا لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك) أي بعد أن ولدته بخلاف ما إذا ولدته ميتا أو حيا لدون ستة أشهر لأنه في حكم الميت ولا قيمة له

(ويرجع) الزوج (بذلك) أي بالفداء (و) يرجع (بالمهر) يعني إذا لم يختر إمكان النكاح حيث يكون له الإمضاء (على من غره سواء كان الغار واحدا أو أكثر كما يأتي قريبا) قضى به عمر وابن عباس وعلي وكذلك إن غرم الزوج أجرة خدمتها له فله الرجوع بها على الغار

(وإن كان) حين تزوج بالمرأة (ظنها عتيقة) فبانت أمة (فلا خيار له) لأن الأصل عدم العتق فكأنه دخل على بصيرة

(والحكم في المدبرة وأم الولد والمعلق عتقها بصفة) قبل وجودها (كالأمة القن

وولد أم الولد يقوم كأنه عبد) ويغرم أبوه قيمته يوم ولادته

(وكذلك ولد المعتق بعضها) يكون حرا إذا غر بها (ويفدي) الزوج (من ولدها بقدر ما فيه من الرق)

وباقيه حر لا فداء فيه

(وكذلك المكاتبة) إذا غر بها

---

(١) كشاف القناع، ٤/٢٣٦

(ويفديه) أي ولدها (أبوه) المغرور بها (ومهرها وقيمة ولدها لها) لأن ذلك من كسبها (إلا أن يكون الغرور منها فلا شيء لها) لأنه لا فائدة في أن يجب لها ثم يرجع به عليها

(ويثبت كونها أمة ببينة فقط لا **بمجرد الدعوى**) لحديث لو يعطى الناس بدعواهم

(ولا) يثبت كونها أمة أيضا (بإقرارها) بذلك لأنه إقرار على غيرها فلم يقبل

(وإن حملت المغرور بها فضربها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة) لأنه جنى على جنين حر (يرثها ورثته) أي ورثة الجنين كأنه ولد حيا ومات عنها

(وإن كان الضارب أباه) فعليه غرة و (لم يرثه) لأنه قاتل (ولا يجب فداء هذا الولد للسيد) لأنه ولد ميتا ولا قيمة له

(ويفرق بينهما) أي بين الأمة ومن غربها (إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء) بأن كان حرا فاقدا الشرطين أو أحدهما

(وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء فله الخيار) كما تقدم (فإن رضي بالمقام معها فما) حملت به وولدته (بعد الرضا فرقيق) لمالك الأمة تبعا لأمه لأن ولد الأمة من نمائها ونماؤها لمالكها وقد انتفى الغرر

---

(١) ".

".ويجوز أن يكتب إلى قاض معين، وإلى كل من يصل إليه كتابه من قضاة المسلمين، ولا يقبل إلا أن يشهد به [القاضي] الكاتب شاهدين يحضرهما فيقرأه عليهما، ثم يقول: اشهدا أن هذا كتابي إلى فلان ابن فلان ثم يدفعه إليهما(١)__________(١) قوله: "ولا يقبل إلا أن يشهد به القاضي الكاتب شاهدين" إلى آخره.قال ابن القيم في الهدي على قصة الأنصار مع يهود خيبر:وقد تضمنت هذه الحكومة أمورا، منها الحكم بالقسامة، وأنها من دين الله وشرعه، إلى أن قال:ومنها أن المدعى عليه إذا بعد عن مجلس الحكم كتب ولم يشخصه، ومنهاجواز العمل والحكم بكتاب القاضي وإن لم يشهد عليه، ومنها القضاء على الغائب انتهى.وقال الحافظ بن حجر:وفيه التأنيس والتسلية لأولياء المقتول؛ لا أنه حكم على الغائبين، لأنه لم يتقدم صورة دعوى على غائب، وإنما وقع الإخبار بما وقع فذكر لهم قصة الحكم على

---

(١) كشاف القناع، ٥/١٠٠

التقديرين، ومن ثم كتب إلى اليهود بعد أن دار==بينهم الكلام، ويؤخذ منه أن مجرد الدعوى لا توجب إحضار المدعى عليه، لأن في إحضاره مشغلة عن أشغاله وتضييعا لماله من غير موجب ثابت لذلك، أما لو ظهر ما يقوي الدعوى من شبهة ظاهرة، فهل يسوغ استحضار الخصم أو لا؟ محل نظر،والراجح أن ذلك يختلف بالقرب والبعد وشدة الضرر وخفته، وفيه الاكتفاء بالمكاتبة وبخبر الواحد مع إمكان المشافهة ا هـ.وقال في الاختيارات في كتاب الإقرار: والتحقيق أن يقال: إن المخبر إن أخبر بما على نفسه، فهو مقر، وإن أخبر بما على غيره لنفسه، فهو مدع، وإن أخبر بما على غيره لغيره، فإن كان مؤتمنا عليه، فهو مخبر وإلا فهو شاهد، فالقاضي والوكيل والكاتب والوصي والمأذون له، كل هؤلاء ما أدوه مؤتمنون عليه، فإخبارهم بعد العزل ليس إقرارا، وإنما هو خبر محض ا هـ.." (١)

" اختلافهما في وجوده وعدمه لا في حدوثه وقدمه إذ لا يحسن حينئذ أن يقال إن أقرت إلخ . واختلافهما في الحدوث والقدم القول لمن شهدت العادة له أو رجحت بلا يمين وإن لم تقطع لواحد منهما فللبائع بيمين (اه) . وما قاله هنا فقد تبع فيه (بن) فتحصل أن المشتري إذا ادعى البول ولم يثبت حصوله عند البائع بإقرار ولا بينة فإن حصل عند المشتري أو عند الأمين لزم البائع اليمين على نفي القدم ما لم تقطع العادة أو ترجح حدوثه وإلا فلا يمين على البائع وما لم تقطع العادة أو ترجح قدمه وإلا فيرد على البائع من غير يمين من المشتري وإن كانت مجرد دعوى من المشتري فلا يمين على البائع .

فالحاصل أن توجه اليمين على البائع إنما يكون في نفي القدم بعد ثبوت الحدوث وأما في الوجود والعدم فلا تتوجه على البائع يمين لأنه مجرد دعوى من المشتري ففي الحقيقة من نظر لمجرد الدعوى من المشتري قال التنازع ، في الوجود والعدم ، ومن نظر لحصول البول عند الأمين والمشتري قال التنازع في الحدوث والقدم وكل صحيح .

تنبيه : من العيوب التي يرد بها إذا وجد العبد البالغ غير مختون والأنثى البالغة غير مخفوضة حيث كانا مولودين ببلاد الإسلام وفي ملك مسلم أو طالت إقامتهما بين المسلمين وفي ملكهم كما أن وجود الختان والخفاض في المجلوبين عيب خشية كونهم من رقيق أبق من المسلمين أو غار عليه الكفار وهذا إذا كانوا من قوم ليس عادتهم الاختتان . ومن العيوب أن يبيع الرقيق بعهدة درك المبيع من العيوب مع كونه اشتراه ببراءة من العيوب كما إذا اشتراه ممن تبرأ له من عيوب لا يعلمها مع طول إقامته عنده ثم يبيعه على

---

(١) كلمات السداد، ص/٣٠١

العهدة ، فإنه يثبت للمشتري الرد بذلك لأنه يقول : لو علمت أنك اشتريته بالبراءة لم أشتره منك إذ قد أصيب به عيبا وأجدك عديما فلا يكون لي الرجوع على بائعك .

قوله : ١٦ (وكرهص) : أدخلت الكاف الدبر وهو القرحة والنطاح والرفس وتقويس الذراعين وقلة الأكل والنفور المفرطين وأما كثرة الأكل فليست عيبا في الحيوان البهيمي وهي عيب في الرقيق إن كانت خارجة عن المعتاد . وقال (بن) : وجدت بخط ابن غازي ما نصه : قيل العمل اليوم أن من اشترى فرسا فأقام عنده شهرا لم يمكن من رده بعيب قديم فانظر هل يصح هذا اه قلت وقد استمر بهذا العمل ففي نظم العمليات : (

وبعد شهر الدواب بالخصوصب **

العيب لا ترد فافهم النصوص)

". (١)

" كان قاضي رشيد نازلا بإسكندرية بل هو كعامة المسلمين و كل هذا ما لم ترتحل المرأة لمحل ولايته و تريد التزوج بها و إلا فالحق له ، وقس على هذا . و اعلم أن محل ولاية قاضي القاهرة جميع البلاد التي لم يكن لها قاض مستقل من السلطان فجميع البلاد التي تأخذ قضاتها النيابة منه يقال لها محل ولايته . تتمة : يجلب القاضي الخصم بخاتم أو رسول أو ورقة أو إمارة إن كان على مسافة القصر فأقل **بمجرد الدعوى** عليه ، فإن كان على أكثر من مسافة القصر و الحال أنه بمحل ولايته و أراد جلبه فلا يلزمه الحضور لدعوى المدعى إلا بشاهد يشهد بالحق فيجلبه و لكن لا يجبره على ذلك و إنما يكتب له إما أن تحضر أو توكل أو ترضى خصمك فإن لم تفعل قضينا عليك .

". (٢)

" و بمال فإنها ترد في العتق لا في المال .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ٩٤/٣

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك، ١٠١/٤

قوله : ١٦ (حلف الغير معه) : إن كان معينا كزيد ، و أما إن كان غير معين كما إذا كان الغيرهم الفقراء فلا يتأتى منهم يمين ، فمقتضاه أنه أن لم يوجد شاهد ثان لا شيء لهم و لا له لتوقف نفوزها على اليمين أو شاهد ثان و لم يوجد و انظر في ذلك .)) ١٦ (١٦ (

قوله : ١٦ (تبعا للحالف) : أي الذي هو المشهود له ، و إنما أخذه ليسارته فهو غير منظور إليه . و بها يلغز فيقال دعوى أخذت بشاهد بلا يمين أو يقال شيء أخذ من مال الغير **بمجرد الدعوى** أو يقال شهادة للنفس مضت .

قوله : ١٦ (فلا تقبل له و لا لغيره مطلقا) : أي سواء شهد لنفسه بكثير أو بقليل ، و الفرق بين الوصية و غيرها أن الموصي قد يخشى معاجلة الموت و لا يجد حاضرا غير الموصي له بخلاف غيره .

قوله : ١٦ (كما يقع للترك مع أبناء العرب) : هذا المعنى هو الذي فيه خليل لا المجلوبين إلا كعشرين . قال الأصل : المراد بالمجلوبين قوم من الجند يرسلهم القائد أو نائبه لسد ثغر أو حراسة قرية و نحو ذلك ، و علل المنع بحمية البلدية و لعل هذا باعتبار القرون الأولى ، و أما المشاهد فيهم الآن فحمية الجاهلية و شدة التعصب على أمة خير البرية قاسية قلوبهم فاشية عيوبهم فأنى تقبل شهادتهم شرعا و لكنهم يمضونها طبعا (ا هـ بحروفه) .

قوله : ١٦ (و لا شهادة لمماطل) : أي لأن المطل قادح من مبطلات الشهادة لكونه يصير به فاسقا و قيده ابن رشد بما إذا تكرر منه ذلك .

قوله : ١٦ (لأنه من يمين الفساق) : أي و يؤدب الحالف به قال بن الأدب في ذلك واجب لوجهين أحدهما ما ثبت من قول النبي : (من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) و ما روي عن النبي أنه قال : (لا تحلفوا بالطلاق و العتاق فإنهما من أيمان الفساق) . و الثاني أن من اعتاد الحلف به لم يكن سالما من الحنث فيه فتكون زوجته تحته مطلقة من حيث لا يشعر ، و قد قال مطرف و ابن الماجشون : إن من لازم ذلك و اعتاده فهو جرحة فيه و إن لم يعرف حنثه ، و قيل لمالك : إن هشام بن

". (١)

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك، ١١٤/٤

" إقامة الحد عليها من أجل إيمانها بدليل قوله : لولا الإيمان لكان لي ولها شأن | على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب فإن الحد في الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينتين وأكثرها عددا وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ويدرأ بالشبهات والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ويثبت **بمجرد الدعوى** ويثبت مع ظهور انتفائه حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة لحقه ولدها فكيف يحتج على نفيه بعد إقامة الحد | ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو أهل الخبرة فجاز : كقول المقومين | فإن قيل : فهاهنا إذا عملتم بالقيافة فقد نفيتم النسب عمن تلحقه القافة به قلنا : إنما انتفى النسب ههنا لعدم دليله لأنه لم يوجد إلا **مجرد الدعوى** وقد عارضها مثلها فسقط حكمها فكان الشبه مرجحا لأحدهما فانتفت دلالة الأخرى فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها انتهى ملخصا من المغني - | (أو) ألحقته القافة (باثنين لحق) نسبه بهما لما روى سعيد عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وبإسناده عن الشعبي قال : وعلي يقول : هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه | (١) (فيرث) اللقيط الملحق بأبوين (كلا منهما) - أي : الأبوين - إرث ولد كامل فإن لم يخلف غيره ورث جميع مالهما | (ويرثانه إرث أب) واحد لما تقدم | (ويتجه) أنه حيث كان إلحاق القافة لقيطا باثنين معتبرا (فلو تزوج أحدهما) أي : من ألحقت القافة الولد به (بنت) الملحق (الآخر) المفروض في مسألتنا (قيل) - أي : قال القائل - (فيه) أي : الشخص الذي تزوج : قد

١- (رواه الزبير بن بكار عن عمر)
(١) ".

" ماله ، وإن كان الغرور من الأمة ومن وكيلها ؛ فالضمان بينهما نصفان كالشريكين في الجناية ، وتعلق ما وجب عليها برقبته كما تقدم . (والمعتق بعضها) إذا غرت زوجها بحريتها (يجب لها البعض) من مهرها بقدر حريتها (ويسقط ما وجب لها) ، لما تقدم ، ويجب باقيه لمالك البقية ، ويتعلق برقبتها ، فيخير سيدها ككاملة الرق (وولدها) أي : المعتق بعضها (يغرم أبوه قدر رقه) من قيمته (لأنه مبعض

---

(١) مطالب أولي النهى، ٤/٢٦٢

كهي) أي : كاملة ، ويرجع به على من غره ؛ لأن باقيه حر بحرية أمه ، لا باعتقاد الزوج حريته (ويثبت كونها أمة ببينة) فقط لا **بمجرد الدعوى** ، و (لا) يثبت كونها أمة (بإقرارها) لإنسان بالرق ، فلا يقبل قولها على زوجها نصا ، لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ، ويثبت حقا على غيرها ، أشبه ما لو أقرت بمال على غيرها . (ولمستحق غرم) من سيد وزوجة مكاتبة ومبعضة (مطالبة) كل من (زوج وغار ابتداء) أما الزوج فلأنه هو المتلف فإذا طولب فغرم ؛ كان له الرجوع على الغار ، وأما الغار ، فإنه لما تسبب بما يوجب غرما ساغ ، لمستحق الفداء والمهر مطالبته ابتداء من غير أن يطالبه الزوج ؛ لاستقرار الضمان عليه بتغريره الزوج (والغار من علم رقها) أي : الزوجة أو رق بعضها (فأبهمه ، ولم يبينه) بل أتى بقرائن موهمة للزوج بحيث يغلب على ظنه حريتها فينكحها على ذلك ويرغب فيها ويصدقها صداق الحرائر . (ويتجه) : أن الإبهام وعدم البيان يتأتى غالبا (ممن له مدخل في النكاح) كولي الزوجة أو وكيله أو الزوجة نفسها ، وقد يتأتى من الأجنبي ، وعلى كل فقرار الضمان على الغار ؛ لأنه كتم ما وجب عليه بيانه ، وهو متجه

(١) ".

"""""""" صفحة رقم ١٢٢ """""""ويجيبه القاضي إلى ذلك استحسانا لاحتمال أنه يغيب قبل إقامة البينة ، وكذا لو أقام البينة قبلالقضاء لاحتمال أنه يغيب قبل القضاء فيتعذر القضاء فيكفله مدة إحضار الشهود على ما يروىعن أبي يوسف وعن أبي حنيفة ثلاثة أيام ، ألا ترى أنه **بمجرد الدعوى** عند القاضي يعديهإحياء للحقوق كذا هذا ، ويكتفي بالكفيل أن يكون معروفا ليحصل التوثق ، ولا يشترط كونهمليا أو تاجرا ، فإن امتنع أن يعطيه كفيلا أمره القاضي بالملازمة على الوجه الذي ذكرنا فيأدب القاضي (وإن كان غريبا يلازمه مقدار مجلس القاضي) لأن ملازمته أكثر من ذلك تضرهوتمنعه من سفره من غير حجة ، بخلاف المقيم إذ لا ضرر عليه في ذلك ، وهذا إذا كان حقالا يسقط بالشبهة ؛ أما الحدود والقصاص في النفس فلا يأخذ منه كفيلا ، وقالا : يأخذ منهكفيلا في حد القذف وفي السرقة إن ادعى المال .قال : (ولا يستحلف في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسبوالولاء والحدود) وقالا : يستحلف فيها إلا الحدود واللعان ، وهذا بناء على أن النكول بذلعنده ، والبذل لا يجري في هذه الأشياء إقرار عندهما ، والإقرار يجري فيها . لهما أن الناكلممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهرا ، فيصير معترفا بالمدعي

(١) مطالب أولي النهى، ٥/١٣٥

دلالة ، إلا أنه إقرار فيه شبهة ،والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان في معنى الحدود . وله أنا لو اعتبرناه إقرار يكون كاذبافي إنكاره والكذب حرام ، ولو جعلناه بذلا وإباحة لا يكون كاذبا فيجعل باذلا صيانة له عنالحرام ، والمقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول ، فكل موضع لا يقضى فيه بالنكول لايستحلف ، ويستحلف في السرقة إن ادعى المال فيحلفه بالله ما له عليه هذا المال ولا شيءمنه ، فإن نكل ضمنه المال لثبوته مع الشبهة ، ولا يقطع لأن الحد لا يثبت مع الشبهة ،ودعوى الاستيلاد أن تدعي الأمة أنها أم ولد سيدها ، وهذا ابنها منه والمولى ينكر ، أما لوادعى المولى لا يلتفت إلى إنكارها ، لأن الاستيلاد والنسب يثبت بمجرد قوله . واختار الفقيهأبو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى ، ثم عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المالكالبنوة والزوجية والمملوكية يستحلف عليه ، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المالكالأخ والعم لا يستحلف إلا إذا ادعى بسببه مالا أو حقا كدعوى الإرث وعدم الرجوع فيالهبة ونحوه .قال : (ويستحلف في القصاص) بالإجماع (فإن نكل اقتص منه في الأطراف وفيالنفوس يحبس حتى يحلف أو يقر) وقالا : يلزمه الأرش فيهما ، لأن النكول إقرار فيه شبهة." [١]

"""""""" صفحة رقم ١٤٧ """""""ذلك كله لأنه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حق الورثة ؛ ولو أقر لأخيه وهو وارثه ثمجاءه ابن ومات صح الإقرار لأخيه ، ولو أقر له وله ابن فمات الابن ثم مات المقر بطلالإقرار للأخ ، وهذا لأن الوارث من يرثه وذلك إنما يتبين بالموت ، ففي المسألة الأولى لميرث فصح ، وفي الثانية ورث فلم يصح .(ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها ومات فلها الأقل من الإقرار والميراث)وكذا لو تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة في مرضه ثم أقر لها أو أوصى ، وقالا لها فيالثانية ما أقر لها أو أوصى ؛ وقال زفر في الأولى كذلك أيضا لكونها أجنبية في المسألتين .ولهما أنها أجنبية بالطلاق وانقضاء العدة فيصح لها الإقرار والوصية لعدم التهمة ، بخلافالمسألة الأولى لأن بقاء العدة دليل التهمة . ولأبي حنيفة أن التهمة قائمة فإنها تختار الفرقةلينفتح عليها باب الوصية والإقرار فيصل إليها أكثر من ميراثها ويصطلحان على البينونةوانقضاء العدة لذلك ، فإن كانت الوصية أكثر من ميراثها جاءت التهمة ، وفيه إبطال حقالورثة فلا يجوز ، وإن كان الميراث أكثر فلا تهمة فيجوز الإقرار والوصية .قال : (وإن أقر المريض لأجنبي ثم قال هو ابني بطل إقراره ، وإن أقر لامرأة ثم تزوجهالم يبطل) لأن البنوة تستند إلى وقت العلوق ، فكان ابنا له وقت الإقرار فتبين أنه كان وارثاوقت الإقرار ، والزوجية تقتصر على حالة العقد ، فصح

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٢٢/٢

الإقرار لكونها أجنبية فلا يبطل ، حتىلو أوصى لها أو وهبها ثم تزوجها لا يصح ، لأن الوصية إنما تصح بعد الموت وهي وارثةوالهبة في المرض وصية فكانت كهي . قال : (ويصح إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجةوالمولى إذا صدقوه) إذا كان الولد يعبر عن نفسه وإلا يثبت **بمجرد الدعوى** منه لما فيه منالنظر له من ثبوت النسب ووجوب النفقة وغير ذلك .وكذلك المرأة إلا في الولد فإنه يتوقف على تصديق الزوج أو شهادة القابلة) وأصله أنشرط صحة هذا الإقرار تصديق المقر له ليصير حجة في حقه فيلزمهما الأحكام بتصادقهما ،وتصور كونه منه لئلا يكذبه العقل وأن لا يكون معروف النسب من غيره لئلا يكذبه الشرع ،وأما المرأة فإنها تحتاج إلى تصديق الزوج لأن فيه تحمل النسب عليه فلا يقبل إلا بتصديقهأو ببينة وهي شهادة القابلة على ما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا صح الإقراربهؤلاء لا يملك الرجوع فيه ، لأن النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع وله الرجوع إذا أقر بمن." (١)

""""""""" صفحة رقم ١١٨ """""""وفي رواية ثلاث أصابع أو أقطع الرجل اليمنى أو أشلها أو بها عرج يمنع المشي عليها لمتقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى) وجملته أنه متى كان بحال لو قطعت يده اليمنى لا ينتفعبيده اليسرى ، أو لا ينتفع برجله اليمنى لآفة كانت قبل القطع لا يقطع ، لأن فيه تفويت جنسالمنفعة بطشا أو مشيا وقوام اليد بالإبهام ، فعدمها أو شللها كشلل جميع اليد ، ولو كانتأصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوات الواحدة لا يوجب نقصا ظاهرافي البطش ، بخلاف الأصبعين لأنهما كالإبهام في البطش ؛ ولو كانت اليد اليمنى شلاء أوناقصة الأصابع يقطع في ظاهر الرواية ، لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرىواستيفاء الناقص عند تعذر استيفاء الكامل جائز . وعن أبي يوسف : لا يقطع لأن مطلقالاسم يتناول الكامل ذكره في اختلاف زفر ويعقوب ، ولو كانت رجله اليمنى مقطوعةالأصابع ، فإن كان يستطيع المشي عليها قطعت يده اليمنى ، وإلا فلا لما بينا ؛ فإن سرق فيالثالثة بعد ما قطعت يده ورجله حبس وضرب ، لأن القطع لما سقط لم يبق إلا الزجربالحبس والضرب لحديث عمر رضي الله عنه .قال : (وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ادعاه لم يقطع) وقال زفر : إن كانبعد القضاء بالقطع قطع ، وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا ،وبالشراء والهبة لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلم تثبت الشبهة . ولنا أن الإمضاء فيالحدود من باب القضاء للاستغناء عن القضاء بالاستيفاء ، لأن القضاء للظهور وهو حق اللهتعالى وهو ظاهر عنده ، وإذا ثبت ذلك يشترط قيام الخصومة

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١٤٧/٢

عند الاستيفاء فصار كما إذاملكها قبل القضاء ، ولأن الشبهة دارئة وأنها تتحقق **بمجرد الدعوى** لاحتمال صدقه .قال : (وإذا قطع والعين قائمة في يده ردها) لأنه ملكه ، قال عليه الصلاة والسلام :' م ن وجد عين ماله فهو أحق به ' والنبي عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان وردالرداء على صفوان ، وكذلك إن كان ملكها غيره بأي طريق كان وهي قائمة بعينها لما قلنا :(وإن كانت هالكة لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام : ' لا غرم على السارق بعد ماقطعت يمينه ' وفي رواية ابن عوف عنه عليه الصلاة والسلام : ' إذا قطع السارق فلا غرمعليه ' ولأنه لو ضمنها لملكها من وقت الأخذ على ما عرف في الغصب فيكون القطع واقعا." [1]

" **بمجرد الدعوى** انتهى

كلام الشوكاني

وقد عقد الإمام البخاري في صحيحه بابا بلفظ باب الصلاة في الثوب الأحمر وأورد فيه هذا الحديث قال الحافظ في الفتح يشير إلى الجواز والخلاف في ذلك مع الحنفية فإنهم قالوا يكره وتأولوا حديث الباب بأنها كانت حلة من برود فيها خطوط حمر انتهى

ويأتي الكلام في هذه المسألة في موضعها بالبسط إن شاء الله

قوله (حديث أبي جحيفة حديث حسن صحيح) وأخرجه البخاري ومسلم إلا أنهما لم يذكرا فيه إدخال الأصبعين في الأذنين ولا الاستدارة

وفي الباب عن عبد الرحمن بن سعد بن عمار بن سعد مؤذن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال حدثني أبي عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بلالا أن يجعل أصبعيه في أذنيه قال إنه أرفع لصوتك أخرجه بن ماجه وهو حديث ضعيف

وفي الباب روايات أخرى

قوله (وعليه العمل عند أهل العلم يستحبون أن يدخل المؤذن إصبعيه في أذنيه في الأذان) قالوا في ذلك فائدتان إحداهما أنه قد يكون أرفع لصوته وفيه حديث ضعيف أخرجه أبو الشيخ من طريق سعد القرظ عن بلال

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ٤/١١٨

وثانيتهما أنه علامة للمؤذن ليعرف من رآه على بعد أو كان به صمم أنه يؤذن قاله الحافظ وقال لم يرد تعيين الاصبع التي يستحب وضعها وجزم النووي أنها المسبحة وإطلاق الاصبع مجاز عن الأنملة انتهى قوله (وقال بعض أهل العلم وفي الإقامة أيضا يدخل إصبعيه في أذنيه وهو قول الأوزاعي) لا دليل عليه من السنة

وأما القياس على الأذان فقياس مع الفارق

قال القارىء في المرقاة في شرح حديث عبد الرحمن بن سعد إن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بلالا أن يجعل إصبعيه في أذنيه قال إنه أرفع لصوتك ما لفظه قال الطيبي ولعل الحكمة أنه إذا سد صماخيه لا يسمع إلا الصوت الرفيع فيتحرى في استقصائه كالأطرش قيل وبه يستدل الأصم على كونه أذانا فيكون أبلغ في الاعلام

قال بن حجر ولا يسن ذلك في الإقامة لأنه لا يحتاج فيها إلى أبلغية الإعلام لحضور السامعين انتهى (وأبو جحيفة اسمه وهب السوائي) بمضمومة وخفة واو فألف فكسر همزة نسبة إلى سواءة بن عامر كذا في المغنى ." (١)

" - ١٣

(باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد)

[١٢٢٢] قوله (لا يبيع حاضر لباد) الحاضر ساكن الحضر والبادي ساكن البادية قال في القاموس الحضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية والحضارة الإقامة في الحضر

ثم قال والحاضر خلاف البادي وقال في البدو والبادية والباداة والبداوة خلاف الحضر وتبدى أقام بها وتبادى تشبه بأهلها

والنسبة بداوي وبدوي وبدا القوم خرجوا إلى البادية

انتهى

قال النووي هذه الأحاديث تتضمن تحريم بيع الحاضر للبادي وبه قال الشافعي والأكثرون قال أصحابنا والمراد به أن يقدم غريب من البادية أو من بلد آخر بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه فيقول له البلدي اتركه عندي لأبيعه على التدريج بأغلى

---

(١) تحفة الأحوذي، ١/٥٠٤

قال أصحابنا وإنما يحرم بهذه الشروط وبشرط أن يكون عالما بالنهي

فلو لم يعلم النهي وكان المتاع مما لا يحتاج في البلد أو لا يؤثر فيه لقلة ذلك المجلوب لم يحرم ولو خالف وباع الحاضر للبادي صح البيع مع التحريم

هذا مذهبنا وبه قال جماعة من المالكية وغيرهم وقال بعض المالكية يفسخ البيع ما لم يفت

وقال عطاء ومجاهد وأبو حنيفة يجوز بيع الحاضر للبادي مطلقا لحديث الدين النصيحة

قالوا وحديث النهي عن بيع حاضر لباد منسوخ

وقال بعضهم إنه على كراهة التنزيه **بمجرد الدعوى**

انتهى كلام النووي

وقال في سبل السلام وكل هذه القيود لا يدل عليها الحديث بل استنبطوها من تعليلهم للحديث بعلل متصيدة من الحكم

قال ودعوى النسخ غير صحيحة لافتقاره إلى معرفة التاريخ

وحديث النصيحة مشروط فيه أنه إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له فإذا استنصحه نصحه بالقول لأنه يتولى له البيع

قوله (وفي الباب عن طلحة) أخرجه أبو داود (وأنس) أخرجه الشيخان (وجابر) أخرجه مسلم (وبن عباس) أخرجه الشيخان (وحكيم بن أبي يزيد عن أبيه) أخرجه أحمد وذكره الحافظ في الفتح وسكت عنه

وأما حديث عمرو بن عوف وحديث رجل من ." [1]

"كسروانية لها لبنة ديباج وفرجيها مكفوفين بالديباج وقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه و سلم كانت عند عائشة فلما قبضت قبضتها وكان النبي صلى الله عليه و سلم يلبسها فنحن نغسلها للمرضى نستشفي بها

قوله (هذا حديث حسن صحيح) وأخرجه أحمد والنسائي

(باب ما جاء في الرخصة في الثوب الاحمر للرجال)

[١٧٢٤] قوله (ما رأيت من ذي لمة) بكسر اللام وتشديد الميم

---

(١) تحفة الأحوذي، ٤/٣٤٧

قال الجزري في النهاية الجمة من شعر الرأس ما سقط على المنكبين واللمة من شعر الرأس دون الجمة سميت بذلك لأنها ألمت بالمنكبين والوفرة من شعر الرأس إذا وصل إلى شحمة الأذن (في حلة) قال في القاموس الحلة بالضم إزار ورداء برد أو غيره ولا يكون حلة إلا من ثوبين أو ثوب له بطانة انتهى

وقال النووي الحلة هي ثوبان إزار ورداء قال أهل اللغة لا تكون إلا ثوبين سميت بذلك لأن أحدهما يحل على الاخر وقيل لا تكون الحلة إلا الثوب الجديد الذي يحل من طيه (حمراء)

قال بن الهمام الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيها خطوط حمر وخضر لا أنه أحمر بحت

وقال بن القيم غلط من ظن أنها كانت حمراء بحتا لا يخالطها غيرها وإنما الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود كسائر البرود اليمانية وهي معروفة بهذا الاسم باعتبار ما فيها من الخطوط وإنما وقعت شبهة من لفظ الحلة الحمراء انتهى

قال الشوكاني ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء وهو من أهل اللسان والواجب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد يعني بن القيم أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كتب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه فإن قال إنما فسرها بذلك التفسير للجمع بين الأدلة فمع كون كلامه آبيا عن ذلك لتصريحه بتغليط من قال إنها الحمراء البحت لا ملجيء إليه لإمكان الجمع بدونه مع أن ." [1]

"كقوله في مسألة الرضاع المحرم: " واعترض أصحاب مالك على الشافعية بأن حديث عائشة هذا لا يحتج به عندكم وعند محققي الأصوليين لأن القرآن لا يثبت بخبر الواحد ، وإذا لم يثبت قرآنا لم يثبت بخبر الواحد عن النبي صلى الله عليه وسلم لأن خبر الواحد إذا توجه إليه قادح وقف عن العمل به وهذا إذا لم يجئ إلا بآحاد مع أن العادة مجيئه متواترا توجب ريبة والله أعلم .واعترضت الشافعية على المالكية بحديث " المصة والمصتان " وأجابوا عنه بأجوبة باطلة لا ينبغي ذكرها لكن ننبه عليها خوفا من الاغترار بها ، منها أن بعضهم ادعى أنها منسوخة وهذا باطل لا يثبت **بمجرد الدعوى** ، ومنها أن بعضهم زعم أنه موقوف على عائشة وهذا خطأ فاحش بل قد ذكره مسلم وغيره من طرق صحاح مرفوعا من رواية عائشة

---

(١) تحفة الأحوذي، ٣١٨/٥

ومن رواية أم الفضل ومنها أن بعضهم زعم أنه مضطرب وهذا غلط ظاهر وجسارة على رد السنن بمجرد الهوى وتوهين صحيحها لنصرة المذاهب ".- وهو ينقل عمن تقدمه في شرح صحيح مسلم كثيرا: كالقاضي عياض، والمازري.- ويتكلم على الأحاديث أحيانا صحة وضعفا.كقوله عن حديث " أفعياوان أنتما ": " وهذا الحديث حديث حسن . رواه أبو داود والترمذي وغيرهما ، وقال الترمذي : هو حديث حسن . ولا يلتفت إلى قدح من قدح فيه بغير حجة معتمدة " اهـ .وقوله على حديث أبي هريرة يرفعه " تعاد الصلاة من قدر الدرهم " يعني من الدم ، وهذا الحديث ذكره البخاري في تاريخه . وهو حديث باطل لا أصل له عند أهل الحديث . والله أعلم ".- كما أنه يشير إلى بعض مسائل المصطلح. كقوله: " زيادات الثقة مقبولة مطلقا عند الجماهير من أهل الحديث والفقه والأصول ".- كما يذكر الإجماعات التي انتهى علمها إليه. كحكايته الإجماع على وصول الدعاء للميت ، و أن أداء الدين عنه يجزئه ، و كذا سائر الصدقات ، تقع عن الميت و يصله ثوابها من ولده أو غيره "..." (١)

" ١٤٧ - كتاب الصلاة عن يحيى بن سعيد أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه و سلم قد أراد أن يتخذ خشبتين الحديث قال بن عبد البر روى قصة عبد الله بن زيد هذه في بدء الأذان جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ومعان متقاربة والأسانيد في ذلك متواترة وقال الحافظ بن حجر قد استشكل اثبات حكم الأذان برؤيا عبد الله بن زيد لأن رؤيا غير الأنبياء لا ينبني عليها حكم شرعي وأجيب باحتمال مقارنة الوحي لذلك ويؤيده ما رواه عبد الرزاق وأبو داود في المراسيل من طريق عبيد بن عمير الليثي أحد كبار التابعين أن عمر لما رأى الأذان جاء ليخبر النبي صلى الله عليه و سلم فوجد الوحي قد ورد بذلك فما راعه إلا أذان بلال فقال له النبي صلى الله عليه و سلم سبقك بذلك الوحي قال الحافظ وهذا أصح مما حكى الداودي عن بن إسحاق أن جبريل أتى النبي صلى الله عليه و سلم بالأذان قبل أن يخبره عبد الله بن زيد وعمر بثمانية أيام انتهى وفي كتاب الأذان لأبي الشيخ عن بن عباس قال الأذان نزل على رسول الله صلى الله عليه و سلم مع فرض الصلاة يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله قال الحافظ مغلطاي أي مع فرض الجمعة وأخرج بن عباس قال علم النبي صلى الله عليه و سلم الأذان حين أسري به وأخرج بن شاهين عن زيد بن المنذر قال حدثني العلاء قال قلت لابن الحنيفة كنا نتحدث أن الأذان رؤيا رآها رجل من الأنصار ففزع وقال عمدتم إلى أحسن دينكم فزعمتم أنه كان رؤيا هذا والله

---

(١) تعريف بشروح الكتب الستة، ص/٩٨

الباطل ولكن رسول الله صلى الله عليه و سلم لما عرج به انتهى إلى مكان من السماء وقف وبعث الله ملكا ما رآه أحد في السماء قبل ذلك اليوم فعلمه الأذان

١٤٨ - عن بن شهاب عن عطاء بن يزيد ذكر الحافظ أبو الفضل بن طاهر في كتاب ذخيرة الحفاظ أن المغيرة بن سكلاب رواه عن مالك فزاد في سنده سعيد بن المسيب مقرونا بعطاء وقال بن عدي ذكر سعيد في هذا الإسناد غريب لا أعلم يرويه عن مالك غير مغيرة وهو ضعيف وفي التمهيد رواه مسدد عن يحيى بن سعيد عن مالك عن الزهري عن السائب بن يزيد عن النبي صلى الله عليه و سلم قال بن عبد البر وذلك خطأ من كل من رواه عن مسدد أو غيره وفي كتاب أطراف الموطأ لأبي العباس أحمد بن محمد بن عيسى الدانيء ورواه عمرو بن مرزوق عن مالك عن الزهري وذلك وهم إذا سمعتم النداء قال الرافعي أي الأذان سمي به لأنه نداء إلى الصلاة ودعاء إليها فقولوا مثل ما يقول المؤذن قال الحافظ بن حجر ادعى بن وضاح أن قوله المؤذن مدرج وأن الحديث انتهى عند قوله مثل ما يقول قال وتعقب بأن الادراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها قال الحافظ مغلطاي وذكر الدارقطني في الموطآت أن لفظ عبد الرزاق عن مالك فقولوا مثل ما يقول المنادي قال الرافعي وظاهر قوله مثل ما يقول أنه يقول مثل قوله في جميع الكلمات لكن وردت أحاديث باستثناء حي على الصلاة وحي على الفلاح وإنه يقول بدلهما لا حول ولا قوة إلا بالله وقال بن المنذر يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا ." (١)

"٢٠٥٦ - قوله (أيقتل به)على بناء المفعول أي يقتل بقتله قصاصا إن لم يأت بالشهود وإن كان لا قتل عليه عند بعض لكن لا يصدق **بمجرد الدعوى** في القضاء(فعاب)أي كرهها وكأنه ما اطلع على الواقعة فرأى البحث عن مثله قبل الوقوع من فضول العلم مع أنه يحل البحث عن الضروريقوله (فلاعن بينهما)أي أمر باللعان بينهما(لئن انطلقت بها)أي لئن رجعت بها إلى بيتي وأبقيتها عندي زوجة يريد أن مقتضى ما جرى من اللعان أن لا أمسكها إن كنت صادقا فيما قلت فإن أمسكها فإني كنت كاذبا فيما قلت فلا يليق الإمساك وظاهره أنه لا يقع التفريق بمجرد اللعان بل يلزم أن يفرق الحاكم بينهما أو الزوج يفرق بنفسه ومن يقول بخلافه يعتذر بأنه ما كان عالما بالحكم وفيه أنه لو كان عن جهل كيف قرره النبي صلى الله عليه وسلمقوله (أسحم)أي أسود(أدعج العينين)من الدعج بفتحتين شدة سواد العين وقيل مع

---

(١) تنوير الحوالك، ص/٦٦

سعتها(عظيم الأليتين)تثنية ألية بفتح الهمزة وسكون اللام العجيزة(أحيمر)تصغير أحمر(وحرة)بفتح واو بمهملتين دويبة حمراء تلصق بالأرض .." [١]

" إلى الرغبة فيها ومن عزيمة امضاء الطلاق إلى الندم عليه فليراجعها وقوله ولا تتخذوا آيات الله هزوا أي بالجمع بين الثلاث والزيادة عليها فكلاهما لعب واستهزاء والجد والعزيمة أن يطلق واحدا وان أراد الثلاث ينبغي أن يفرق

٣٤٠١ - ألا أقتله لأن اللعب بكتاب الله كفر ولم يرد أن المقصود الزجر والتوبيخ وليس المراد حقيقة الكلام ثم اختلفوا في الجمع بين الثلاث فقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والليث هو بدعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور ليس بحرام لكن الأولى التفريق وظاهر الحديث التحريم والجمهور على أنه إذا جمع بين الثلاث يقع الثلاث ولا عبرة بخلاف ذلك عندهم أصلا والله تعالى أعلم قوله فيقتلونه أي المسلمون قصاصا ان لم يأت بالشهود وان كان له ذلك فيما بينه وبين الله عند بعض لكن لا يصدق **بمجرد الدعوى** في القضاء فكره كأنه ما اطلع على وقوع الواقعة فرأى البحث ." [٢]

"قوم: إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه، وهو قول شريح القاضي والشعب وبه قال سحنون من أصحاب مالك.وقال قوم: بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك؟ وإلى كم من المدة يلزم؟ فقال قوم: إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وألا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام إلى الجمعة، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك، وقال أهل العراق: لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم، وإلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون إنه إن أتى يشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة، وقالوا: لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها.وسبب هذا الاختلاف: تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن **بمجرد الدعوى** لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة.وروي عن عراك بن مالك

(١) حاشية السندي على ابن ماجه، ٣٠٨/٤

(٢) حاشية السندي على النسائي، ١٤٣/٦

قال: أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم، فقال رسول الله (ص) لاحد الرجلين: اذهب واطلب وحبس الآخر، فجاء بما ذهب، فقال رسول الله (ص) لاحد الرجلين: استغفر لي، فقال: غفر الله لك، قال: وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه، قال: وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان رسول الله (ص) حبسا قال: ولا يعجبني ذلك، لانه لا يجب الحبس **بمجرد الدعوى**، وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذ كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم.فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه، فأجازه مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز.واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعا، وليس كذلكالمفلس.واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لا يصلي على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب، ولا يصح عند أبي حنيفة.وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه، ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه.وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز، فإنها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة إلا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الازواج، وما شاكلها.." [١]

"كتاب القسامة اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الاصول لفروع هذا الباب: المسألة الاولى: هل يجب الحكم بالقسامة أم لا؟ الثانية: إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع **مجرد الدعوى؟** المسألة الثالثة: هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم.وكم عدد الحالفين من الاولياء؟ المسألة الرابعة: فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان.المسألة الاولى: أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار: مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان، وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار.وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية: لا يجوز الحكم بها.وعمدة الجمهور: ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث، إلا أنهم مختلفون في ألفاظه على ما

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٢٤١

سيأتي بعد.وعمدة الفريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها: فمنها أن الاصل في الشرع أن لا يحلف إلا على ما علم قطعا أو شاهد حسا، وإذا كان ذلك كذلك، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل؟ بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر، ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال: ما تقولون في القسامة؟ فأضب القوم وقالوا: نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال: ما تقوليا أبا قلابة؟ ونصبني للناس...فقلت: يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الاجناد، أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه؟ قال: لا.قلت: أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه؟ قال: لا.وفي بعض الروايات: قلت: فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم؟ قال: فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة: إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فأقده، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين." (١)

"أو أعرض عنهم) * وبهذا تمسك من رأى الخيار، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى: * (وأن احكم بينهم) * ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير.وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده الباب الخامس: في كيفية القضاء وأما كيف يقضي القاضي، فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر، وأيبدأ بالمدعي فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه.وإن لم يكن له بينة فإن كان في ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي **بمجرد الدعوى**.وقال مالك: لا تجب إلا مع شاهد، وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة اختلفوا في ذلك، فقال جمهور فقهاء الامصار: اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقال مالك: لا تجب اليمين إلا بالمخالطة، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة.وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوي إلى تعنيت بعضهم بعضا، وإذاية بعضهم بعضا، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد، وكذلك

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٣٥٠

إحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه.والدعوى لا تخلو أن تكون في شئ في الذمة أو في شئ بعينه، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق.وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع أو عين مثل بيع أو غير ذلك.وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه؟ فقال أبو حنيفة: لا تسمع بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر، وقال غيره: لا تسمع في شئ، وقال مالك والشافعي: تسمع - أعني في أن تشهد للمدعي بينة المدعى عليه أنه مال له وملك.فعمدة من قاللا تسمع أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى عليه، فوجب أن لا ينقلب الامر، وكان ذلك عندهما عبادة.وسبب الخلاف: هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعي فيه موجودا بيده، أم ليست تفيد ذلك؟ فمن قال: لا تفيد معنى زائدا قال: لا معنى لها، ومن قال تفيد: اعتبرها.فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت إحداهما أمر زائدا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك.فالحكم عند مالك أن يقضي بأعدل البينتين ولا يعتبر الاكثر، وقال أبو حنيفة: بينة المدعي أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد، وقال الاوزاعي:." [1]

"٩- الفرق بين الضرر والضرار، وهذا أليق ببيانه - صلى الله عليه وسلم - ، وأكثر فائدة، وأحسن ما قيل في الفرق : أن الضرر إلحاق ما يضر بالغير مطلقا، والضرار ما كان مجازاة لكن بغير حق، فيكون الضرر أعم، فعطف الضرار عليه من عطف الخاص على العام.١٠- أن دين الإسلام دين السلامة، ويشهد له قوله - صلى الله عليه وسلم - : " المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده " (١) .عن ابن عباس - رضي الله عنهما - ، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: « لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ». حديث حسن رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين (٢) .الشرح :الحديث أصل من أصول طرق الحكم، وفيه من الفوائد:١- أن دم المعصوم وماله لا يستحل ولا يستحق **بمجرد الدعوى**، فالأصل براءة ذمة المعصوم.٢- غلبة الظلم والكذب على كثير من الناس.٣- أن الدعوى لا تقبل إلا ببينة.٤- أنه لا فرق في ذلك بين الرجل العدل وغيره.٥- الحكم بالبينة.٦- براءة المدعى عليه بيمينه إذا لم تكن للمدعي بينة.٧- أن البينة عامة في كل ما يبين الحق من شهود وقرائن.٨- أن القاضي لا يحكم بعلمه.٩- أن نكول المدعى عليه

---

(١) بداية المجتهد، ٣٨٧/٢

عن اليمين دليل للمدعي فيحكم له بيمينه كما يحكم له بالشاهد واليمين.١٠- أن الدعوى تكون في الدماء والأموال وغيرهما من الحقوق، وذكرهما خرج مخرج الغالب.١١- صيانة الشريعة للحقوق من ظلم الظالمين.__________(١) رواه البخاري (١٠) عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - ومسلم (٤١) (٦٥) عن جابر -رضي الله عنه -(٢) البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٢/١٠) والبخاري (٤٢٧٧) ومسلم (١٧١١) (١)." (١)

"وقوله : هي أرضي في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، دليل على أن المدعى فيه لا ينتزع من يد صاحب اليد **بمجرد الدعوى** ، وأنه لا يسأل عن سبب يده ، ولا عن سبب ملكه.وقوله للحضرمي : ألك بينة ؟ ، وفي الطريق الأخرى : شاهداك أو يمينه ، دليل على أن المدعي يلزمه إقامة البينة ، فإن لم يقمها ، حلف المدعى عليه ؛ وهو أمر متفق عليه ، وهو مستفاد من هذا الحديث.فأما ما يروى عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ من قوله : البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر ، فليس بصحيح الرواية ؛ لأنه يدور على مسلم بن خالد الزنجي ، ولا يحتج به ، لكن معنى متنه صحيح ؛ لشهادة الحديث المتقدم له ، ولحديث ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ الذي قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيه : ولكن اليمين على من أنكر.وفيه : حجة لمن لا يشترط الخلطة في توجه اليمين على المدعى عليه ، وقد اشترط ذلك مالك ، واعتذر له عن هذا الحديث : بأنها قضية في عين ، ، ولعله ـ صلى الله عليه وسلم ـ علم بينهما خلطة ، فلم يطالبه بإثباتها ، والله تعالى أعلم.وقوله : إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء ، الفاجر : هو الكاذب الجريء على الكذب ، والورع : الكف ، ومنه قوله : "روعوا اللص ولا تورعوه" ، أي : لا تنكفوا عنه.وظاهر هذا الحديث : أن ما يجري بين المتخاصمين في مجلس الحكم من مثل هذا السب والتقبيح : جائز ، ولا شيء فيه ؛ إذ لم ينكر ذلك النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ؛ وإلى هذا ذهب بعض أهل العلم.والجمهور : لا يجيزون شيئا من ذلك ، ويرون إنكار ذلك ويؤدبون عليه ؛ تمسكا بقاعدة تحريم السباب والأعراض.." (٢)

"ففيه من الفقه : أن المشتركين في طلب حق ينبغي لهم أن يقدموا للكلام واحدا منهم ، وأحقهم لذلك أسنهم ؛ إذا كانت له أهلية القيام بذلك . وهذا كما قال في "الإمام" : فإن كانوا في السنة سواء

---

(١) الفوائد المستنبطة من الأربعين النووية - البراك، ص/٥٤

(٢) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ١١٤/٢

فأقدمهم سنا . وقد قدمنا أن كبر السن لم يستحق التقديم إلا من حيث القدم في الإسلام ، والسبق إليه ، والعلم به ، وممارسة أعماله وأحواله ، والفقه فيه ، ولو كان الشيخ عريا عن ذلك لاستحق التأخير ، ولكان المتصف بذلك هو المستحق للتقديم – وإن كان شابا – ، وقد قدم وفد على عمر بن عبدالعزيز ـ رضى الله عنه ـ ، فتقدم شاب للكلام ، فقال له عمر : كبر ، كبر. فقال : يا أمير المؤمنين ! لو كان الأمر بالسن لكان هنا من هو أولى بالخلافة منك! فقال : تكلم . فتكلم فأبلغ ، وأوجز .وقوله – بعد سماع كلام المدعين – : ((إما أن يدوا صاحبكم ، وإما أن يؤذنوا بحرب)) ؛ هذا الكلام من النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عى جهة التأنيس ، والتسلية لأولياء المقتول ، وعلى جهة الإخبار بالحكم على تقدير ثبوت القتل عليهم . ذلك كان حكما من النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ على اليهود في حال غيبتهم ، فإنه بعد لم يسمع منهم ، ولا حضروا حتى يسألهم . ولذلك كتب إليهم بعد أن صدر منه ذلك القول . ثم إن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بعد أن سمع الدعوى لم يستحضر المدعى عليهم إليه.وفيه من الفقه : أن **مجرد الدعوى** لا يوجب إحضار المدعى عليه ؛ لأن في إحضاره منعا له من أشغاله ، وتضييعا لما له من غير موجب ثابت. فلو ظهر هنالك ما يقوي دعوى المدعي من لطخ ، أو شبهة لتعين أن يستحضر ويسمع جوابه عما ادعي عليه . ثم قد يختلف هذا بالقرب ، والبعد ، وشدة الضرر ، وقلته .وقوله : ((فكتبوا : إنا والله ما قتلناه !)) فيه من الفقه : الاكتفاء بالكتب ، وبإاخبار الآحاد مع إمكان المشافهة ، وأن اليمين قبل استدعائها ، وتوجهها لا اعتبار بها .." [١]

"العيدين ﷺ ، وهو ظاهر في استمرار ذلك منه صلى الله عليه وسلم ، وهو عام لمن كانت ذات هيئة وغيرها وصريح في الثواب ، وفي العجائز بالأولى .(والثاني) : سنة وحمل الأمر بخروجهن على الندب قاله جماعة ، وقواه الشارح مستدلا بأنه علل خروجهن بشهود الخير ودعوة المسلمين قال : ولو كان واجبا لما علل بذلك ولكان خروجهن ؛ لأداء الواجب عليهن لامتثال الأمر (قلت) ، وفيه تأمل فإنه قد يعلل الواجب بما فيه من الفوائد ولا يعلل بأدائه ، وفي كلام الشافعي في الأم التفرقة بين ذوات الهيئات ، والعجائز فإنه قال : أحب شهود العجائز ، وغير ذوات الهيئات من النساء الصلاة ، وأنا لشهودهن الأعياد أشد استحبابا .و (الثالث) : أنه منسوخ قال الطحطاوي : إن ذلك كان في صدر الإسلام للاحتياج في خروجهن لتكثير السواد فيكون فيه إرهاب للعدو ثم نسخ وتعقب أنه **بمجرد الدعوى** ويدفعه أن ابن عباس

---

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ١٥/٩٣

شهد خروجهن ، وهو صغير وكان ذلك بعد فتح مكة ولا حاجة إليهن لقوة الإسلام حينئذ ويدفعه أنه علل في حديث أم عطية حضورهن لشهادتهن الخير ودعوة المسلمين ويدفعه أنه أفتت به أم عطية بعد ، وفاته صلى الله عليه وسلم بمدة ولم يخالفها أحد من الصحابة .، وأما قول عائشة : ﴿ لو رأى النبي صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن عن المساجد ﴾ فهو لا يدل على تحريم خروجهن ولا على نسخ الأمر به بل فيه دليل على أنهن لا يمنعن ؛ لأنه لم يمنعهن صلى الله عليه وسلم." (١)

"صلى الله عليه وسلم إلا تبرعا منه لئلا يهدر دمه ..وأما رواية النسائي أنه صلى الله عليه وسلم قسمها على اليهود وأعانهم ببعضها ، فقال ابن القيم : إن هذا ليس بمحفوظ ، فإن الدية لا تلزم المدعى عليهم بمجرد دعوى القتيل بل لا بد من إقرار ، أو بينة ، أو أيمان المدعين ولم يوجد هنا شيء من ذلك ، وقد عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على المدعين أن يحلفوا فأبوا فكيف يلزم اليهود بالدية **بمجرد الدعوى** انتهى .قلت : ويظهر لي أنه ليس في هذا الحديث حكم منه صلى الله عليه وسلم بالقسامة أصلا كما أفاده الحديث ، وإنما دل الحديث على حكاية للواقع لا غير وذكر لهم صلى الله عليه وسلم قصة الحكم على التقديرين .ومن ثم كتب إلى يهود بعد أن دار بينهم الكلام المذكور وسيأتي تحقيقه .وقوله (فكتبوا والله ما قتلنا) فيه دليل على الاكتفاء بالمكاتبة وبخبر الواحد مع إمكان المشافهة .(فائدة) اختار مالك إجراء هذه الدعوى في الأموال فأجاز شهادة المسلوبين على السالبين ، وإن كانوا مدعين قال : لأن قاطع الطريق إنما يفعل ذلك مع الغفلة والانفراد عن الناس انتهى ، ولا يخفى أنه لا يتم هذا إلا بعد ثبوت أنه صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وعرفناك هنا عدم نهوض ذلك وسنزيده بيانا عن قريب ، وإذا ثبت فهذا قياس من مالك مصادم لنص ﴿ البينة على المدعي واليمين على المنكر ﴾ إلا أن يكون مذهبه جواز تخصيص عموم النص بالقياس وللعلماء كلام في حجية العام بعد." (٢)

"فلا بد عندهم من التأويل بأن حلهن بعد الإسلام ، ولا يتم ذلك إلا **لمجرد الدعوى** فقد عرفت أنه لم يأت بشرطية الإسلام .." (٣)

---

(١) سبل السلام، ٤٧١/٢

(٢) سبل السلام، ٤٤٢/٥

(٣) سبل السلام، ١٨١/٦

"٥٧٦ – قوله : (عن عطاء بن زيد)في رواية ابن وهب عن مالك ويونس عن الزهري أن عطاء بن يزيد أخبره ، أخرجه أبو عوانة .(فائدة) :اختلف على الزهري في إسناد هذا الحديث ، وعلى مالك أيضا ، لكنه اختلاف لا يقدح في صحته ، فرواه عبد الرحمن بن إسحاق عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة أخرجه النسائي وابن ماجه ، وقال أحمد بن صالح وأبو حاتم وأبو داود والترمذي : حديث مالك ومن تابعه أصح ، ورواه يحيى القطان عن مالك عن الزهري عن السائب بن يزيد أخرجه مسدد في مسنده عنه ، وقال الدارقطني : إنه خطأ والصواب الرواية الأولى ، وفيه اختلاف آخر دون ما ذكر لا نطيل به .قوله : (إذا سمعتم)ظاهره اختصاص الإجابة بمن يسمع حتى لو رأى المؤذن على المنارة مثلا في الوقت وعلم أنه يؤذن لكن لم يسمع أذانه لبعد أو صمم لا تشرع له المتابعة ، قاله النووي في شرح المهذب .قوله : (فقولوا مثل ما يقول المؤذن)ادعى ابن وضاح أن قول " المؤذن " مدرج ، وأن الحديث انتهى عند قوله " مثل ما يقول " . وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** ، وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ، ولم يصب صاحب العمدة في حذفها .قوله : (ما يقول) قال الكرماني : قال " ما يقول " ولم يقل مثل ما قال ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتها .قلت : والصريح في ذلك ما رواه النسائي من حديث أم حبيبة " أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول كما يقول المؤذن حتى يسكت " وأما أبو الفتح اليعمري فقال : ظاهر الحديث أنه يقول مثل ما يقول عقب فراغ المؤذن ، لكن الأحاديث التي تضمنت إجابة كل كلمة عقبها دلت على أن المراد المساوقة ، يشير إلى حديث عمر بن الخطاب الذي عند مسلم وغيره ، فلو لم يجاوبه حتى فرغ استحب له التدارك إن لم يطل الفصل . قاله النووي في شرح المهذب بحثا . وقد قالوه فيما إذا كان له عذر كالصلاة ، وظاهر قوله مثل أنه يقول مثل قوله في جميع الكلمات ، لكن حديث عمر أيضا وحديث معاوية الآتي يدلان على أنه يستثنى من ذلك " حي على الصلاة وحي على الفلاح " فيقول بدلهما " لا حول ولا قوة إلا بالله "كذلك استدل به ابن خزيمة وهو المشهور عند الجمهور ، وقال ابن المنذر يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا ، وحكى بعض المتأخرين عن بعض أهل الأصول أن الخاص والعام إذا أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما ، قال : فلم لا يقال يستحب للسامع أن يجمع بين الحيعلة والحوقلة ، وهو وجه عند الحنابلة . أجيب عن المشهور من حيث المعنى بأن الأذكار الزائدة على الحيعلة يشترك السامع والمؤذن في ثوابها ، وأما الحيعلة فمقصودها الدعاء إلى الصلاة ، وذلك يحصل من المؤذن ، فعوض السامع عما يفوته من ثواب الحيعلة بثواب الحوقلة

. ولقائل أن يقول : يحصل للمجيب الثواب لامتثاله الأمر ، ويمكن أن يزداد استيقاظا وإسراعا إلى القيام إلى الصلاة إذا تكرر على سمعه الدعاء إليها من المؤذن ومن نفسه . ويقرب من ذلك الخلاف في قول المأموم " سمع الله لمن حمده " كما سيأتي في موضعه . وقال الطيبي : معنى الحيعلتين هلم بوجهك وسريرتك إلى الهدى عاجلا والفوز بالنعيم آجلا ، فناسب أن يقول : هذا أمر عظيم لا أستطيع مع ضعفي القيام به إلا إذا وفقني الله بحوله وقوته . ومما لوحظت فيه المناسبة ما نقل عبد الرزاق عن ابن جريج قال : حدثت أن الناس كانوا ينصتون للمؤذن إنصاتهم للقراءة فلا يقول شيئا إلا قالوا مثله ، حتى إذا قال " حي على الصلاة " قالوا " لا حول ولا قوة إلا بالله " وإذا قال " حي على الفلاح " قالوا " ما شاء الله " . انتهى . وإلى هذا صار بعض الحنفية . وروى ابن أبي شيبة مثله عن عثمان ، وروى عن سعيد بن جبير قال : يقول في جواب الحيعلة : سمعنا وأطعنا . ووراء ذلك وجوه من الاختلاف أخرى ، قيل لا يجيبه إلا في التشهدين فقط ، وقيل هما والتكبير ، وقيل يضيف إلى ذلك الحوقلة دون ما في آخره ، وقيل مهما أتى به مما يدل على التوحيد والإخلاص كفاه وهو اختيار الطحاوي ، وحكوا أيضا خلافا : هل يجيب في الترجيع أو لا ، وفيما إذا أذن مؤذن آخر هل يجيبه بعد إجابته للأول أو لا . قال النووي : لم أر فيه شيئا لأصحابنا . وقال ابن عبد السلام : يجيب كل واحد بإجابة لتعدد السبب ، وإجابة الأول أفضل ، إلا في الصبح والجمعة فإنهما سواء لأنهما مشروعان . وفي الحديث دليل على أن لفظ المثل لا يقتضي المساواة من كل جهة ، لأن قوله مثل ما يقول لا يقصد به رفع الصوت المطلوب من المؤذن ، كذا قيل وفيه بحث ، لأن المماثلة وقعت في القول لا في صفته ، والفرق بين المؤذن والمجيب في ذلك أن المؤذن مقصوده الإعلام فاحتاج إلى رفع الصوت ، والسامع مقصوده ذكر الله فيكتفي بالسر أو الجهر لا مع الرفع . نعم لا يكفيه أن يجريه على خاطره من غير تلفظ لظاهر الأمر بالقول . وأغرب ابن المنير فقال : حقيقة الأذان جميع ما يصدر عن المؤذن من قول وفعل وهيئة . وتعقب بأن الأذان معناه الإعلام لغة ، وخصه الشرع بألفاظ مخصوصة في أوقات مخصوصة فإذا وجدت الأذان ، وما زاد على ذلك من قول أو فعل أو هيئة يكون من مكملاته صلى الله عليه وسلم ويوجد الأذان من دونها . ولو كان على ما أطلق لكان ما أحدث من التسبيح قبل الصبح وقبل الجمعة ومن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم من جملة الأذان ، وليس كذلك لا لغة ولا شرعا . واستدل به على جواز إجابة المؤذن في الصلاة عملا بظاهر الأمر ، ولأن المجيب لا يقصد المخاطبة ، وقيل يؤخر الإجابة حتى يفرغ لأن في الصلاة شغلا ، وقيل يجيب إلا في الحيعلتين لأنهما

كالخطاب للآدميين والباقي من ذكر الله فلا يمنع . لكن قد يقال : من يبدل الحيعلة بالحوقلة لا يمنع ، ل أنها من ذكر الله ، قاله ابن دقيق العيد . وفرق ابن عبد السلام في فتاويه بين ما إذا كان يقرأ الفاتحة فلا يجيب بناء على وجوب موالاتها وإلا فيجيب ، وعلى هذا إن أجاب في الفاتحة استأنف ، وهذا قاله بحثا ، والمشهور في المذهب كراهة الإجابة في الصلاة بل يؤخرها حتى يفرغ ، وكذا في حال الجماع والخلاء ، لكن إن أجاب بالحيعلة بطلت كذا أطلقه كثير منهم ، ونص الشافعي في الأم على عدم فساد الصلاة بذلك ، واستدل به على مشروعية إجابة المؤذن في الإقامة ، قالوا : إلا في كلمتي الإقامة فيقول " أقامها الله وأدامها " وقياس إبدال الحيعلة بالحوقلة في الأذان أن يجيء هنا ، لكن قد يفرق بأن الأذان إعلام عام فيعسر على الجميع أن يكونوا دعاة إلى الصلاة ، والإقامة إعلام خاص وعدد من يسمعها محصور فلا يعسر أن يدعو بعضهم بعضا واستدل به على وجوب إجابة المؤذن ، حكاه الطحاوي عن قوم من السلف وبه قال الحنفية وأهل الظاهر وابن وهب ، واستدل للجمهور بحديث أخرجه مسلم وغيره " إنه صلى الله عليه وسلم سمع مؤذنا فلما كبر قال : على الفطرة ، فلما تشهد قال : خرج من النار " قال : فلما قال عليه الصلاة والسلام غير ما قال المؤذن علمنا أن الأمر بذلك للاستحباب . وتعقب بأنه ليس في الحديث أنه لم يقل مثل ما قال ، فيجوز أن يكون قاله ولم ينقله الراوي اكتفاء بالعادة ونقل القول الزائد ، وبأنه يحتمل أن يكون ذلك وقع قبل صدور الأمر ، ويحتمل أن يكون الرجل لما أمر لم يرد أن يدخل نفسه في عموم من خوطب بذلك ، قيل ويحتمل أن يكون الرجل لم يقصد الأذان لكن يرد هذا الأخير أن في بعض طرقه أنه حضرته الصلاة." (١)

"٦٣٨٩ - قوله (سعيد بن عبيد)هو الطائي الكوفي يكنى أبا هذيل روى عنه الثوري وغيره من الأكابر ، وأبو نعيم الراوي عنه هنا هو آخر من روى عنه وثقه أحمد وابن معين وآخرون ، وقال الآجري عن أبي داود كان شعبة يتمنى لقاءه ، وفي طبقته سعيد بن عبيد الهنائي بضم الهاء وتخفيف النون وهمز ومد بصري صدوق أخرج له الترمذي والنسائي .قوله (عن بشير)بالموحدة والمعجمة مصغر ابن يسار بتحتانية ثم مهملة خفيفة لا أعرف اسم جده ، وفي رواية مسلم من طريق ابن نمير عن سعيد بن عبيد " حدثنا بشير بن يسار الأنصاري " . قلت : وهو من موالي بني حارثة من الأنصار ، قال ابن إسحاق : كان شيخا كبيرا فقيها أدرك عامة الصحابة ووثقه يحيى بن معين والنسائي وكناه محمد بن إسحاق في روايته أبا كيسان .قوله

---

(١) فتح الباري لابن حجر، ٤١٢/٢

(زعم أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة)بفتح المهملة وسكون المثلثة ، ولم يقع في رواية ابن نمير زعم بل عنده عن سهل بن أبي حثمة الأنصاري أنه أخبره ، وكذا لأبي نعيم في المستخرج من وجه آخر عن أبي نعيم شيخ البخاري ، واسم أبي حثمة عامر بن ساعدة بن عامر ويقال اسم أبيه عبد الله فاشتهر هو بالنسبة إلى جده وهو من بني حارثة بطن من الأوس .قوله (أن نفرا من قومه)سمى يحيى بن سعيد الأنصاري في روايته عن بشير بن يسار منهم اثنين ، فتقدم في الجزية من طريق بشر بن المفضل عن يحيى بهذا السند " انطلق عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود بن زيد " وفي الأدب من رواية حماد بن زيد عن يحيى عن بشير " عن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج أنهما حدثا أن عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود انطلقا " وعند مسلم من رواية الليث عن يحيى عن بشير عن سهل " قال يحيى وحسبت أنه قال ورافع بن خديج أنهما قالا خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد " ونحوه عنده من رواية هشيم عن يحيى لكن لم يذكر رافعا ولفظه عن بشير بن يسار " أن رجلا من الأنصار من بني حارثة يقال له عبد الله بن سهل بن زيد انطلق هو وابن عم له يقال له محيصة بن مسعود بن زيد " وأسنده في آخره عن سهل بن أبي حثمة به ، وثبت ذكر رافع بن خديج في هذا الحديث غير مسمى عند أبي داود من طريق أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل " عن سهل بن أبي حثمة أنه أخبره هو ورجل من كبراء قومه " وعند ابن أبي عاصم من طريق إسماعيل بن عياش عن يحيى عن بشير " عن سهل ورافع وسويد بن النعمان أن القسامة كانت فيهم في بني حارثة فذكر بشير عنهم أن عبد الله بن سهل خرج " فذكر الحديث ، ومحيصة بضم الميم وفتح المهملة وتشديد التحتانية مكسورة بعدها صاد مهملة وكذا ضبط أخيه حويصة وحكي التخفيف في الاسمين معا ورجحه طائفة .قوله (انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها)في رواية يحيى بن سعيد " انطلقا إلى خيبر فتفرقا " وتحمل رواية الباب على أنه كان معهما تابع لهما ، وقد وقع في رواية عبد بن إسحاق عن بشير بن يسار عن ابن أبي عاصم " خرج عبد الله بن سهل في أصحاب له يمتارون تمرا " زاد سليمان بن بلال عند مسلم في روايته عن يحيى بن سعيد " في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي يومئذ صلح وأهلها يهود ، وقد تقدم بيان ذلك في المغازي ، والمراد أن ذلك وقع بعد فتحها ، فإنها لما فتحت أقر النبي صلى الله عليه وسلم أهلها فيها على أن يعملوا في المزارع بالشطر مما يخرج منها كما تقدم بيانه . وفي رواية أبي ليلى بن عبد الله " خرج إلى خيبر " .قوله (فوجدوا أحدهم قتيلا)في رواية بشر بن المفضل " فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلا

" أي يضطرب فيتمرغ في دمه فدفنه ، وفي رواية الليث " فإذا محيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلا فدفنه " وفي رواية سليمان بن بلال " فوجد عبد الله بن سهل مقتولا في سربه فدفنه صاحبه " وفي رواية أبي ليلى " فأخبر محيصة أن عبد الله قتل وطرح في فقير " بفاء مفتوحة ثم قاف مكسورة أي حفيرة .قوله (فقالوا للذين وجد فيهم قد قتلتم صاحبنا ، قالوا ما قتلنا ولا علمنا قاتلا)في رواية أبي ليلى " فأتى محيصة يهود فقال : أنتم والله قتلتموه ، قالوا والله ما قتلناه " .قوله (فانطلقوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم)في رواية حماد بن زيد " فجاء عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فتكلموا في أمر صاحبهم " وفي رواية سليمان بن بلال " فأتى أخو المقتول عبد الرحمن ومحيصة وحويصة فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم شأن عبد الله حيث قتل " وفي رواية الليث " ثم أقبل محيصة إلى النبي صلى الله عليه وسلم هو وحويصة وعبد الرحمن بن سهل " زاد أبو ليلى في روايته " وهو – أي حويصة – أكبر منه ، أي من محيصة .قوله (فقال : الكبر الكبر)بضم الكاف وسكون الموحدة وبالنصب فيهما على الإغراء ، زاد في رواية يحيى بن سعيد " فبدأ عبد الرحمن يتكلم وكان أصغر القوم " زاد حماد بن زيد عن يحيى عند مسلم " في أمر أخيه " وفي رواية بشر " وهو أحدث القوم " وفي رواية الليث " فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال كبر الكبر " الأولى أمر والأخرى كالأول ، ومثله في رواية حماد بن زيد وزاد " أو قال يبدأ الأكبر " وفي رواية بشر بن المفضل "كبر كبر " بتكرار الأمر ، وكذا في رواية أبي ليلى وزاد " يريد السن " وفي رواية الليث " فسكت وتكلم صاحباه " وفي رواية بشر " وتكلما " .قوله (تأتون بالبينة على من قتله ، قالوا : ما لنا بينة)كذا في رواية سعيد بن عبيد ، ولم يقع في رواية يحيى بن سعيد الأنصاري ولا في رواية أبي قلابة الآتية في الحديث الذي بعده للبينة ذكر وإنما قال يحيى في رواية " أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم " هذه رواية بشر بن المفضل عنه وفي رواية حماد عنه " أتستحقون قاتلكم أو صاحبكم بأيمان خمسين منكم " وفي رواية عند مسلم " يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته " وفي رواية سليمان بن بلال " تحلفون خمسين يمينا وتستحقون " وفي رواية ابن عيينة عن يحيى عند أبي داود " تبرئكم يهود بخمسين يمينا تحلفون ، فبدأ بالمدعى عليهم لكن قال أبو داود إنه وهم ، كذا جزم بذلك ، وقد قال الشافعي : كان ابن عيينة لا يثبت أقدم النبي صلى الله عليه وسلم الأنصار في الأيمان أو اليهود ، فيقال له إن في هذا الحديث أنه قدم الأنصار فيقول هو ذاك وربما حدث به كذلك ولم يشك ، وفي رواية أبي ليلى " فقال لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون وتستحقون دم

صاحبكم ؟ فقالوا لا " وفي رواية أبي قلابة " فأرسل إلى اليهود فدعاهم فقال أنتم قتلتم هذا ؟ فقالوا : لا . فقال أترضون نفل خمسين من اليهود ما قتلوه " ونفل بفتح النون وسكون الفاء يأتي شرحه ، وزاد يحيى بن سعيد "كيف نحلف ولم نشهد ولم نر " وفي رواية حماد عنه " أمر لم نره " وفي رواية سليمان " ما شهدنا ولا حضرنا " .قوله (قال فيحلفون ، قالوا لا نرضى بأيمان اليهود)وفي رواية أبي ليلى " فقالوا ليسوا بمسلمين " وفي رواية يحيى بن سعيد " فتبرئكم يهود بخمسين يمينا " أي يخلصونكم من الأيمان بأن يحلفوهم فإذا حلفوا انتهت الخصومة فلم يجب عليهم شيء وخلصتم أنتم من الأيمان ، " قالوا كيف نأخذ بأيمان قوم كفار " وفي رواية الليث " نقبل " بدل " نأخذ " وفي رواية أبي قلابة " ما يبالون أن يقتلونا أجمعين ثم يحلفون "كذا في رواية سعيد بن عبيد لم يذكر عرض الأيمان على المدعين كما لم يقع في رواية يحيى بن سعيد طلب البينة أولا ، وطريق الجمع أن يقال حفظ أحدهم ما لم يحفظ الآخر ، فيحمل على أنه طلب البينة أولا فلم تكن لهم بينة ، فعرض عليهم الأيمان فامتنعوا ، فعرض عليهم تحليف المدعى عليهم فأبوا . وأما قول بعضهم إن ذكر البينة وهم لأنه صلى الله عليه وسلم قد علم أن خيبر حينئذ لم يكن بها أحد من المسلمين فدعوى نفي العلم مردودة فإنه وإن سلم أنه لم يسكن مع اليهود فيها أحد من المسلمين لكن في نفس القصة أن جماعة من المسلمين خرجوا يمتارون تمرا فيجوز أن تكون طائفة أخرى خرجوا لمثل ذلك وإن لم يكن في نفس الأمر كذلك ، وقد وجدنا لطلب البينة في هذه القصة شاهدا من وجه آخر أخرجه النسائي من طريق عبد الله بن الأخنس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده " أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلا على أبواب خيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقم شاهدين على من قتله أدفعه إليك برمته ، قال : يا رسول الله أنى أصيب شاهدين وإنما أصبح قتيلا على أبوابهم ؟ قال فتحلف خمسين قسامة ، قال فكيف أحلف على ما لا أعلم ، قال تستحلف خمسين منهم ، قال كيف وهم يهود " وهذا السند صحيح حسن وهو نص في الحمل الذي ذكرته فتعين المصير إليه . وقد أخرج أبو داود أيضا من طريق عباية بن رفاعة عن جده رافع بن خديج قال " أصبح رجل من الأنصار بخيبر مقتولا ، فانطلق أولياؤه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : شاهدان يشهدان على قتل صاحبكم ، قال : لم يكن ثم أحد من المسلمين وإنما هم اليهود وقد يجترئون على أعظم من هذا " .قوله (فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل)بضم أوله وفتح الطاء وتشديد اللام أي يهدر .قوله (فوداه مائة)في رواية الكشميهني " بمائة " ووقع في رواية أبي ليلى " فوداه من عنده " وفي رواية يحيى بن سعيد " فعقله النبي صلى الله عليه

وسلم من عنده " أي أعطى ديته ، وفي رواية حماد بن زيد " من قبله " بكسر القاف وفتح الموحدة أي من جهته وفي رواية الليث عنه " فلما رأى ذلك النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عقله " .قوله (من إبل الصدقة)زعم بعضهم أنه غلط من سعيد بن عبيد لتصريح يحيى بن سعيد بقوله " من عنده " وجمع بعضهم بين الروايتين باحتمال أن يكون اشتراها من إبل الصدقة بمال دفعه من عنده ، أو المراد بقوله " من عنده " أي بيت المال المرصد للمصالح ، وأطلق عليه صدقة باعتبار الانتفاع به مجانا لما في ذلك من قطع المنازعة وإصلاح ذات البين ، وقد حمله بعضهم على ظاهره فحكى القاضي عياض عن بعض العلماء جواز صرف الزكاة في المصالح العامة واستدل بهذا الحديث وغيره . قلت : وتقدم شيء من ذلك في كتاب الزكاة في الكلام على حديث أبي لاس قال " حملنا النبي صلى الله عليه وسلم على إبل من إبل الصدقة في الحج " وعلى هذا فالمراد بالعندية كونها تحت أمره وحكمه ، وللاحتراز من جعل ديته على اليهود أو غيرهم ، قال القرطبي في " المفهم " فعل صلى الله عليه وسلم ذلك على مقتضى كرمه وحسن سياسته وجلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة على سبيل التأليف ، ولا سيما عند تعذر الوصول إلى استيفاء الحق ، ورواية من قال " من عنده " أصح من رواية من قال " من إبل الصدقة " وقد قيل إنها غلط والأولى أن لا يغلط الراوي ما أمكن ، فيحتمل أوجها منها فذكر ما تقدم وزاد : أن يكون تسلف ذلك من إبل الصدقة ليدفعه من مال الفيء ، أو أن أولياء القتيل كانوا مستحقين للصدقة فأعطاهم ، أو أعطاهم ذلك من سهم المؤلفة استئلافا لهم واستجلابا لليهود انتهى . وزاد أبو ليلى في روايته " قال سهل فركضتني ناقة " وفي رواية حماد بن زيد عن يحيى " أدركته ناقة من تلك الإبل فدخلت مربدا لهم فركضتني برجلها " وفي رواية شيبان بن بلال " لقد ركضتني ناقة من تلك الفرائض بالمربد " وفي رواية محمد بن إسحاق " فوالله ما أنسى ناقة بكرة منها حمراء ضربتني وأنا أحوزها " وفي حديث الباب من الفوائد مشروعية القسامة . قال القاضي عياض : هذا الحديث أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد الأحكام وركن من أركان مصالح العباد ، وبه أخذ كافة الأئمة والسلف من الصحابة والتابعين وعلماء الأمة وفقهاء الأنصار من الحجازيين والشاميين والكوفيين وإن اختلفوا في صورة الأخذ به ، وروي التوقف عن الأخذ به عن طائفة فلم يروا القسامة ولا أثبتوا بها في الشرع حكما ، وهذا مذهب الحكم بن عتيبة وأبي قلابة وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وقتادة ومسلم بن خالد وإبراهيم بن علية وإليه ينحو البخاري ، وروي عن عمر بن عبد العزيز باختلاف عنه . قلت : وهذا ينافي ما صدر به كلامه أن كافة الأئمة أخذوا بها ، وقد تقدم النقل عمن لم يقل بمشروعيتها في

أول الباب ، وفيهم من لم يذكره القاضي ، قال : واختلف قول مالك في مشروعية القسامة في قتل الخطأ ، واختلف القائلون بها في العمد هل يجب بها القود أو الدية ؟ فمذهب معظم الحجازيين إيجاب القود إذا كملت شروطها ، وهو قول الزهري وربيعة وأبي الزناد ومالك والليث والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وأحمد وإسحاق وأبي ثور وداود ، وروي ذلك عن بعض الصحابة كابن الزبير ، واختلف عن عمر بن عبد العزيز . وقال أبو الزناد : قتلنا بالقسامة والصحابة متوافرون ، إني لأرى أنهم ألف رجل فما اختلف منهم اثنان . قلت : إنما نقل ذلك أبو الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت كما أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من رواية عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه ، وإلا فأبو الزناد لا يثبت أنه رأى عشرين من الصحابة فضلا عن ألف . ثم قال القاضي : وحجتهم حديث الباب : يعني من رواية يحيى بن سعيد التي أشرت إليها ، قال : فإن مجيئه من طرق صحاح لا يدفع ، وفيه تبرئة المدعين ثم ردها حين أبوا على المدعى عليهم واحتجوا بحديث أبي هريرة " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إلا القسامة " ، ويقول مالك : أجمعت الأئمة في القديم والحديث على أن المدعين يبدءون في القسامة ، ولأن جنبة المدعي إذا قويت بشهادة أو شبهة صارت اليمين له . وهاهنا الشبهة قوية ، وقالوا هذه سنة بحيالها وأصل قائم برأسه لحياة الناس وردع المعتدين ، وخالفت الدعاوى في الأموال فهي على ما ورد فيها ، وكل أصل يتبع ويستعمل ولا تطرح سنة لسنة ، وأجابوا عن رواية سعيد بن عبيد يعني المذكورة في حديث هذا الباب بقول أهل الحديث إنه وهم من رواية أسقط من السياق تبرئة المدعين باليمين لكونه لم يذكر فيه رد اليمين ، واشتملت رواية يحيى بن سعيد على زيادة من ثقة حافظ فوجب قبولها وهي تقضي على من لم يعرفها . قلت : وسيأتي مزيد بيان لذلك . قال القرطبي : الأصل في الدعاوى أن اليمين على المدعى عليه ، وحكم القسامة أصل بنفسه لتعذر إقامة البينة على القتل فيها غالبا ، فإن القاصد للقتل يقصد الخلوة ويترصد الغفلة ، وتأيدت بذلك الرواية الصحيحة المتفق عليها وبقي ما عدا القسامة على الأصل ، ثم ليس ذلك خروجا عن الأصل بالكلية بل لأن المدعى عليه إنما كان القول قوله لقوة جانبه بشهادة الأصل له بالبراءة مما ادعي عليه ، وهو موجود في القسامة في جانب المدعي لقوة جانبه باللوث الذي يقوي دعواه ، قال عياض : وذهب من قال بالدية إلى تقديم المدعى عليهم في اليمين ، إلا الشافعي وأحمد فقالا بقول الجمهور : يبدأ بأيمان المدعين وردها إن أبوا على المدعى عليهم ، وقال بعكسه أهل الكوفة وكثير من أهل البصرة وبعض أهل المدينة والأوزاعي فقال يستحلف من أهل القرية خمسين رجلا خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا من قتله .

فإن حلفوا برئوا وإن نقصت قسامتهم عن عدد أو نكلوا حلف المدعون على رجل واحد واستحقوا ، فإن نقصت قسامتهم قاده دية ، وقال عثمان البتي من فقهاء البصرة : ثم يبدأ بالمدعى عليهم بالأيمان فإن حلفوا فلا شيء عليهم . وقال الكوفيون : إذا حلفوا وجبت عليهم الدية ، وجاء ذلك عن عمر ، قال واتفقوا كلهم على أنها لا تجب بمجرد دعوى الأولياء حتى يقترن بها شبهة يغلب على الظن الحكم بها ، واختلفوا في تصوير الشبهة على سبعة أوجه فذكرها ، وملخصها : الأول أن يقول المريض دمي عند فلان أو ما أشبه ذلك ، ولو لم يكن به أثر أو جرح فإن ذلك يوجب القسامة عند مالك والليث لم يقل به غيرهما ، واشترط بعض المالكية الأثر أو الجرح ، واحتج لمالك بقصة بقرة بني إسرائيل ، قال : ووجه الدلالة منها أن الرجل حي فأخبر بقاتله ، وتعقب بخفاء الدلالة منها ، وقد بالغ ابن حزم في رد ذلك ، واحتجوا بأن القاتل يتطلب حالة غفلة الناس فتتعذر البينة ، فلو لم يعمل بقول المضروب لأدى ذلك إلى إهدار دمه لأنها حالة يتحرى فيها اجتناب الكذب ويتزود فيها من البر والتقوى ، وهذا إنما يأتي في حالة المحتضر . الثانية أن يشهد من لا يكمل النصاب بشهادته كالواحد أو جماعة غير عدول قال بها المذكوران ووافقهما الشافعي ومن تبعه . الثالثة أن يشهد عدلان بالضرب ثم يعيش بعده أياما ثم يموت منه من غير تخلل إفاقة ، فقال المذكوران : تجب فيه القسامة . وقال الشافعي : بل يجب القصاص بتلك الشهادة . الرابعة أن يوجد مقتول وعنده أو بالقرب منه من بيده آلة القتل وعليه أثر الدم مثلا ولا يوجد غيره فتشرع فيه القسامة عند مالك والشافعي ، ويلتحق به أن تفترق جماعة عن قتيل : الخامسة أن يقتتل طائفتان فيوجد بينهما قتيل ففيه القسامة عند الجمهور ، وفي رواية عن مالك تختص القسامة بالطائفة التي ليس هو منها إلا إن كان من غيرهما فعلى الطائفتين . السادسة المقتول في الزحمة ، وقد تقدم بيان الاختلاف فيه في باب مفرد . السابعة أن يوجد قتيل في محلة أو قبيلة ، فهذا يوجب القسامة عند الثوري والأوزاعي وأبي حنيفة وأتباعهم ، ولا يوجب القسامة عندهم سوى هذه الصورة ، وشرطها عندهم إلا الحنفية أن يوجد بالقتيل أثر ، وقال داود لا تجرى القسامة إلا في العمد على أهل مدينة أو قرية كبيرة وهم أعداء للمقتول ، وذهب الجمهور إلى أنه لا قسامة فيه بل هو هدر لأنه قد يقتل ويلقى في المحلة ليتهموا ، وبه قال الشافعي ، وهو رواية عن أحمد ، إلا أن يكون في مثل القصة التي في حديث الباب فيتجه فيها القسامة لوجود العداوة . ولم تر الحنفية ومن وافقهم لوثا يوجب القسامة إلا هذه الصورة ، وحجة الجمهور القياس على هذه الواقعة ، والجامع أن يقترن بالدعوى شيء يدل على صدق المدعى فيقسم معه ويستحق ، وقال ابن قدامة : ذهب

الحنفية إلى أن القتيل إذا وجد في محل فادعى وليه على خمسين نفسا من موضع قتله فحلفوا خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فإن لم يجد خمسين كرر الأيمان على من وجد وتجب الدية على بقية أهل الخطة ، ومن لم يحلف من المدعى عليهم حبس حتى يحلف أو يقر ، واستدلوا بأثر عمر أنه أحلف خمسين نفسا خمسين يمينا وقضى بالدية عليهم ، وتعقب باحتمال أن يكونوا أقروا بالخطأ وأنكروا العمد وبأن الحنفية لا يعملون بخبر الواحد إذا خالف الأصول ولو كان مرفوعا فكيف احتجوا بما خالف الأصول بخبر واحد موقوف وأوجبوا اليمين على غير المدعى عليه ، واستدل به على القود في القسامة لقوله " فتستحقون قاتلكم " وفي الرواية الأخرى " دم صاحبكم " قال ابن دقيق العيد : الاستدلال بالرواية التي فيها " فيدفع برمته " أقوى من الاستدلال بقوله " دم صاحبكم " لأن قوله " يدفع برمته " لفظ مستعمل في دفع القاتل للأولياء للقتل ، ولو أن الواجب الدية لبعد استعمال هذا اللفظ وهو في استعماله في تسليم القاتل أظهر ، والاستدلال بقوله " دم صاحبكم " أظهر من الاستدلال بقوله " قاتلكم " أو " صاحبكم " لأن هذا اللفظ لا بد فيه من إضمار ، فيحتمل أن يضمر دية صاحبكم احتمالا ظاهرا ، وأما بعد التصريح بالدية فيحتاج إلى تأويل اللفظ بإضمار بدل دم صاحبكم والإضمار على خلاف الأصل ولو احتيج إلى إضمار لكان حمله على ما يقتضي إراقة الدم أقرب ، وأما من قال يحتمل أن يكون قوله " دم صاحبكم " هو القتيل لا القاتل فيرده قوله " دم صاحبكم أو قاتلكم " وتعقب بأن القصة واحدة اختلفت ألفاظ الرواة فيها على ما تقدم بيانه فلا يستقيم الاستدلال بلفظ منها لعدم تحقق أنه اللفظ الصادر من النبي صلى الله عليه وسلم ، واستدل من قال بالقود أيضا بما أخرجه مسلم والنسائي من طريق الزهري عن سليمان بن يسار وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن القسامة كانت في الجاهلية وأقرها النبي صلى الله عليه وسلم على ما كانت عليه من الجاهلية وقضى بها بين ناس من الأنصار في قتيل ادعوه على يهود خيبر ، وهذا يتوقف على ثبوت أنهم كانوا في الجاهلية يقتلون في القسامة ، وعند أبي داود من طريق عبد الرحمن بن بجيد بموحدة وجيم مصغر قال : إن سهلا يعني ابن أبي حثمة وهم في الحديث أن رسول الله كتب إلى يهود " إنه قد وجد بين أظهركم قتيل فدوه " فكتبوا يحلفون ما قتلناه ولا علمنا قاتلا ، قال فوداه من عنده ، وهذا رده الشافعي بأنه مرسل ، ويعارض ذلك ما أخرجه ابن منده في " الصحابة " من طريق مكحول حدثني عمرو بن أبي خزاعة أنه قتل فيهم قتيل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل القسامة على خزاعة بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فحلف كل منهم عن نفسه وغرم الدية ،

وعمرو مختلف في صحبته ، وأخرج ابن أبي شيبة بسند جيد إلى إبراهيم النخعي قال : كانت القسامة في الجاهلية إذا وجد القتيل بين ظهري قوم أقسم منهم خمسين يمينا ، ما قتلنا ولا علمنا ، فإن عجزت الأيمان ردت عليهم ثم عقلوا ، وتمسك من قال لا يجب فيها إلا الدية بما أخرجه الثوري في جامعه وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور بسند صحيح إلى الشعبي قال : وجد قتيل بين حيين من العرب فقال عمر : قيسوا ما بينهما فأيهما وجدتموه إليه أقرب فأحلفوهم خمسين يمينا وأغرموهم الدية ، وأخرجه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن منصور عن الشعبي أن عمر كتب في قتيل وجد بين خيران ووادعة أن يقاس ما بين القريتين فإلى أيهما كان أقرب أخرج إليه منهم خمسون رجلا حتى يوافوه مكة فأدخلهم الحجر فأحلفهم ثم قضى عليهم الدية فقال : حقنت أيمانكم دماءكم ولا يطل دم رجل مسلم ، قال الشافعي : إنما أخذه الشعبي عن الحارث الأعور والحارث غير مقبول انتهى . وله شاهد مرفوع من حديث أبي سعيد عند أحمد أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يقاس إلى أيهما أقرب ، فألقى ديته على الأقرب ، ولكن سنده ضعيف ، وقال عبد الرزاق في مصنفه : قلت لعبيد الله بن عمر العمري أعلمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة ؟ قال : لا ، قلت : فأبو بكر ؟ قال : لا ، قلت فعمر ؟ قال : لا ، قلت فلم تجترئون عليها ؟ فسكت . وأخرج البيهقي من طريق القاسم بن عبد الرحمن أن عمر قال : القسامة توجب العقل ولا تسقط الدم ، واستدل به الحنفية على جواز سماع الدعوى في القتل على غير معين لأن الأنصار ادعوا على اليهود أنهم قتلوا صاحبهم وسمع النبي صلى الله عليه وسلم دعواهم ، ورد بأن الذي ذكره الأنصار أولا ليس على صورة الدعوى بين الخصمين لأن من شرطها إذا لم يحضر المدعى عليه أن يتعذر حضوره ، سلمنا ولكن النبي صلى الله عليه وسلم قد بين لهم أن الدعوى إنما تكون على واحد لقوله " تقسمون على رجل منهم فيدفع إليكم برمته " واستدل بقوله " على رجل منهم " على أن القسامة إنما تكون على رجل واحد وهو قول أحمد ومشهور قول مالك ، وقال الجمهور : يشترط أن تكون على معين سواء كان واحدا أو أكثر واختلفوا هل يختص القتل بواحد أو يقتل الكل ؟ وقد تقدم البحث فيه ، وقال أشهب : لهم أن يحلفوا على جماعة ويختاروا واحدا للقتل ويسجن الباقون عاما ويضربون مائة مائة ، وهو قول لم يسبق إليه . وفيه أن الحلف في القسامة لا يكون إلا مع الجزم بالقاتل ، والطريق إلى ذلك المشاهدة وإخبار من يوثق به مع القرينة الدالة على ذلك ، وفيه أن من توجهت عليه اليمين فنكل عنها لا يقضى عليه حتى يرد اليمين على الآخر وهو المشهور عند الجمهور ، وعند أحمد والحنفية يقضى عليه

دون رد اليمين . وفيه أن أيمان القسامة خمسون يمينا واختلف في عدد الحالفين فقال الشافعي لا يجب الحق حتى يحلف الورثة خمسين يمينا سواء قلوا أم كثروا فلو كان بعدد الأيمان حلف كل واحد منهم يمينا وإن كانوا أقل أو نكل بعضهم ردت الأيمان على الباقين فإن لم يمكن إلا واحد حلف خمسين يمينا واستحق حتى لو كان من يرث بالفرض والتعصيب أو بالنسب والولاء حلف واستحق ، وقال مالك : إن كان ولي الدم واحدا ضم إليه آخر من العصبة ولا يستعان بغيرهم وإن كان الأولياء أكثر حلف منهم خمسون وقال الليث : لم أسمع أحدا يقول إنها تنزل عن ثلاثة أنفس ، وقال الزهري عن سعيد بن المسيب : أول من نقص القسامة عن خمسين معاوية . قال الزهري : وقضى به عبد الملك ثم رده عمر بن عبد العزيز إلى الأمر الأول . واستدل به على تقديم الأسن في الأمر المهم إذا كانت فيه أهلية ذلك لا ما إذا كان عريا عن ذلك ، وعلى ذلك يحمل الأمر بتقديم الأكبر في حديث الباب إما لأن ولي الدم لم يكن متأهلا فأقام الحاكم قريبه مقامه في الدعوى وإما لغير ذلك . وفيه التأنيس والتسلية لأولياء المقتول لا أنه حكم على الغائبين لأنه لم يتقدم صورة دعوى على غائب وإنما وقع الإخبار بما وقع فذكر لهم قصة الحكم على التقديرين ومن ثم كتب إلى اليهود بعد أن دار بينهم الكلام المذكور ، ويؤخذ منه أن **مجرد الدعوى** لا توجب إحضار المدعى عليه ، لأن في إحضاره مشغلة عن أشغاله وتضييعا لماله من غير موجب ثابت لذلك ، أما لو ظهر ما يقوي الدعوى من شبهة ظاهرة فهل يسوغ استحضار الخصم أو لا ؟ محل نظر ، والراجح أن ذلك يختلف بالقرب والبعد وشدة الضرر وخفته . وفيه الاكتفاء بالمكاتبة وبخبر الواحد مع إمكان المشافهة . وفيه أن اليمين قبل توجيهها من الحاكم لا أثر لها لقول اليهود في جوابهم والله ما قتلنا وفي قولهم لا نرضى بأيمان اليهود استبعاد لصدقهم لما عرفوه من إقدامهم على الكذب وجراءتهم على الأيمان الفاجرة ، واستدل به على أن الدعوى في القسامة لا بد فيها من عداوة أو لوث ، واختلف في سماع هذه الدعوى ولو لم توجب القسامة : فعن أحمد روايتان ، وبسماعها قال الشافعي لعموم حديث " اليمين على المدعى عليه " بعد قوله " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم " ولأنها دعوى في حق آدمي فتسمع ويستحلف وقد يقر فيثبت الحق في قتله ولا يقبل رجوعه عنه ، فلو نكل ردت على المدعي واستحق القود في العمد والدية في الخطأ ، وعن الحنفية لا ترد اليمين ، وهي رواية عن أحمد ، واستدل به على أن المدعين والمدعى عليهم إذا نكلوا عن اليمين وجبت الدية في بيت المال وقد تقدم ما فيه قريبا ، واستدل به على أن من يحلف في القسامة لا يشترط أن يكون رجلا ولا بالغا لإطلاق قوله "

خمسين منكم ، وبه قال ربيعة والثوري والليث والأوزاعي وأحمد ، وقال مالك لا مدخل للنساء في القسامة لأن المطلوب في القسامة القتل ولا يسمع من النساء . وقال الشافعي : لا يحلف في القسامة إلا الوارث البالغ لأنها يمين في دعوى حكمية فكانت كسائر الأيمان ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة ، واختلف في القسامة هل هي معقولة المعنى فيقاس عليها أو لا والتحقيق أنها معقولة المعنى لكنه خفي ومع ذلك فلا يقاس عليها لأنها لا نظير لها في الأحكام ، وإذا قلنا إن المبدأ فيها يمين المدعي فقد خرجت عن سنن القياس ، وشرط القياس أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس كشهادة خزيمة .(تنبيه) :نبه ابن المنير في الحاشية على النكتة في كون البخاري لم يورد في هذا الباب الطريق الدالة على تحليف المدعي ، وهي مما خالفت فيه القسامة بقية الحقوق فقال : مذهب البخاري تضعيف القسامة ، فلهذا صدر الباب بالأحاديث الدالة على أن اليمين في جانب المدعى عليه ، وأورد طريق سعيد بن عبيد وهو جار على القواعد ، وإلزام المدعي البينة ليس من خصوصية القسامة في شيء . ثم ذكر حديث القسامة الدال على خروجها عن القواعد بطريق العرض في كتاب الموادعة والجزية فرارا من أن يذكرها هنا فيغلط المستدل بها على اعتقاد البخاري ، قال وهذا الإخفاء مع صحة القصد ليس من قبيل كتمان العلم . قلت : الذي يظهر لي أن البخاري لا يضعف القسامة من حيث هي ، بل يوافق الشافعي في أنه لا قود فيها ، ويخالفه في أن الذي يحلف فيها هو المدعي ، بل يرى أن الروايات اختلفت في ذلك في قصة الأنصار ويهود خيبر فيرد المختلف إلى المتفق عليه من أن اليمين على المدعى عليه فمن ثم أورد رواية سعيد بن عبيد في " باب القسامة " وطريق يحيى بن سعيد في باب آخر ، وليس في شيء من ذلك تضعيف أصل القسامة والله أعلم . وادعى بعضهم أن قوله " تحلفون وتستحقون " استفهام إنكار واستعظام للجمع بين الأمرين ، وتعقب بأنهم لم يبدءوا بطلب اليمين حتى يصح الإنكار عليهم ، وإنما هو استفهام تقرير وتشريع .." (١)

" ٢٧٨ – (أخاف على أمتي من بعدي) بين به أن ذلك لا يقع في حياته فإن وجوده بين أظهرهم أمان لهم من ذلك (ثلاثا) من الخصال (ضلالة الأهواء) أي إضلال أهوية نفوسهم لهم وقد يراد بها خصوص البدع والتعصب للمذاهب الباطلة والضلال ضد الرشاد وفي الصحاح أضله أهلكه والأهواء مفرده هوى مقصور وهو عرض نفساني ناشئ عن شهوة نفس في غير أمر الله كذا ذكره بعضهم وأوجز القاضي فقال : رأي يتبع الشهوة . وقال الراغب : والضلال أن يقصد لاعتقاد الحق أو فعل الجميل أو قول الصدق

---

(١) فتح الباري لابن حجر، ٣٤٩/١٩

فيظن بتقصيره وسوء تصرفه فيما كان باطلا أنه حق فاعتقده أو فيما هو قبيح أنه جميل وليس بجميل ففعله أو فيما كان كذبا أنه صدق فقاله والجهل عام في كل ذلك (واتباع الشهوات) جمع شهوة قال الحراني : وهي نزوع النفس إلى محبوب لا تتمالك عنه وقال في الكشاف طلب النفس اللذة (في البطون والفروج) بأن يصير الواحد كالبهيمة قد عكف همه على بطنه وفرجه لا يخطر بباله حقا ولا باطلا ولا يفكر في عاقبة أمره عاجلا ولا آجلا وأنشد بعضهم :

تجنب الشهوات واح . . . ذر أن تكون لها قتيلا

فلرب شهوة ساعة . . . قد أورثت حزنا طويلا

وخصهما لأنهما مرجع جميع الشهوات . قال الراغب : وإنما خاف على أمته الشهوات لأنها أقدم القوى وجودا في الإنسان وأشدها به تثبيتا وأكثرها تمكنا فإنها تولد معه وتوجد فيه وفي الحيوان الذي هو جنسه بل وفي النبات الذي هو جنس جنسه ثم توجد فيه قوة الحمية ثم آخرا وجد فيه قوة الفكر والنطق من التمييز ولا يصير الإنسان متميزا عن جملة البهائم متخلصا من أسر الهوى إلا بأمانة الشهوة البهيمية أو بقهرها وقمعها إن لم تمكن إماتتها فهي التي تضره وتغره وتصرفه عن طرق الآخرة ومتى قمعها أو أماتها صار حرا نقيا فتقل حاجاته ويصير غنيا عما في يد غيره سخيا بما في يده محسنا في معاملته لكن هنا شيء يجب التنبيه به وهو أن الشهوة إنما تذم إن أفرطت وأهملها صاحبها حتى ملكت القوى أما إذا أديت فهي المبلغة للسعادة حتى لو لم تكن لما أمكن الوصول إلى الآخرة وذلك لأنه لا وصول إليها إلا بالعبادة ولا سبيل إليها إلا بالحياة ولا سبيل إليها إلا بحفظ البدن ولا يمكن إلا بإعادة ما تحلل منه ولا يمكن إلا بتناول الغذاء ولا يمكن إلا بالقوة الشهوية فالأمر محتاج إليها ومقتضى الحكمة إيجادها وتزيينها ﴿ زين للناس حب الشهوات ﴾ لكن هي كعدو تخشى مضرته من وجه ونفعه من وجه ومع عداوته لا يستغنى عنه فحق العاقل أن يأخذ نفعه ولا يسكن إليه قال : [ص ٢٠٣]

ومن نكد الدنيا على المرء أن يرى . . . عدوا له ما من صداقته بد

(والغفلة بعد المعرفة) أي إهمال الطاعة بعد معرفة وجوبها أو ندبها هذا في حق العوام أما في حق الخواص فالالتفات إلى غير الله حتى **بمجرد الدعوى** أو العجب أو الركون إلى ما ظهر من مبادئ اللطف وذلك هو المنكر الخفي الذي لا يقدر على التحرز منه إلا ذو القدم الراسخ . قال الغزالي : وإنما كانت الغفلة من أعظم المصائب لأن كل نفس من العمر جوهرة نفيسة لا خلف لها ولا بدل منها لصلاحيتها لأن

توصل إلى سعادة الأبد وتبعد من شقاوة الأبد فإذا ضيعته في الغفلة فقد خسرت خسرانا مبينا وإن صرفته للمعصية هلكت هلاكا فاحشا . قال الحراني : والغفلة فقد الشعور بما حقه أن يشعر به وأراد بأهل الأهواء البدع كما تقرر وبدأ بها إشارة إلى أنها أخوف الثلاثة وأضرها إذ هي مع كونها داعية لأصحابها إلى النار موقعة للعداوة مؤدية إلى التقاطع و'نما حدث التباين والفرق بسبب ذلك حتى أدى إلى أن بعض تلك الفرق سب الشيخين ولعنهما وتعصب كل فريق فضلوا وأضلوا وتلك أمة قد خلت لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وقيل لما نزل قوله تعالى ﴿ ومن يغفر الذنوب إلا الله ﴾ صاح إبليس ودعا بالويل والثبور فجاءته جنوده وقالوا : ما بال سيدنا قال : نزلت آية لا يضر بعدها آدميا ذنب فقالوا : نفتح لهم باب الأهواء فلا يتوبون ففرح بذلك وقال الغزالي : قال الحسن بلغنا أن إبليس قال سولت لأمة محمد المعاصي فقطعوا ظهري بالاستغفار فسولت لهم ذنوبا لا يستغفرون منها وهي الأهواء قال الغزالي رحمه الله تعالى وصدق الملعون فإنهم لا يعلمون أن ذلك من الأسباب التي تجر إلى المعاصي فكيف يستغفرون . وقال الجنيد : لو أقبل عارف على الله تعالى ألف سنة ثم أعرض عنه لحظة كان ما فاته أكثر مما ناله وقال الغزالي : قد نظر الحكماء فردوا مصائب العالم ومحنه إلى خمس المرض في الغربة والفقر في الشيب والموت في الشباب والعمى بعد البصر والغفلة بعد المعرفة قال وأحسن منه قول القائل :

لكل شيء إذا فارقته عوض . . . وليس لله إن فارقت من عوض

(١) قال في المناهج : الغفلة داء عظيم ينشأ عنه مضار دينية ودنيوية وعرفت في اصطلاح الصوفية بأنها غشاوة وصدأ يعلو مرآة القلب يمنعه من التيقظ لما يقرب من حضرة الرب ومداواته أن يعلم أنه غير مغفول عنه ويلحظ قوله تعالى ﴿ وما ربك بغافل عما تعملون ﴾ ويعلم أنه يحاسب على الخطرة والهم أي المقتونة بالتصميم فمن تحقق بهذا وراعى أوقاته وزان أحواله زالت عنه الغفلة

(الحكيم) أبو جعفر محمد الترمذي (والبغوي) أبو القاسم (وابن منده) عبد الله (وابن نافع) عبد الباقي (وابن شاهين) عمر بن أحمد له زهاء ثلاث مئة مؤلف (وأبو نعيم) الحافظ أحمد المشهور (الخمسة في كتاب الصحابة عن أفلح) بفتح الهمزة وسكون الفاء وآخره مهملة مولى رسول الله صلى الله عليه و سلم وهو الذي قال له المصطفى صلى الله عليه و سلم وقد رآه ينفخ إذا سجد ترب وجهك

---

(١) تنبيه

ذكره ابن الأثير وغيره وأفلح في الصحابة متعدد وهذا هو المراد لكن لو ميزه لكان أولى قال في الأصل وسنده ضعيف ." (١)

" – وفي الباب عن أبي رافع عند النسائي . وعن أبي هريرة عند النسائي أيضا . وعن أم حبيبة عند الطحاوي وعن ابن عمر عند أبي داود والنسائي . وعن عائشة عند أبي داود . وعن معاذ عند أبي الشيخ . وعن معاوية عند النسائي

قوله (إذا سمعتم) ظاهره اختصاص الإجابة بمن سمع حتى لو رأى المؤذن على المنارة مثلا في الوقت وعلم أنه يؤذن لكن لم يسمع أذانه لبعد أو صمم لا تشرع له المتابعة قاله النووي في شرح المهذب

قوله (فقولوا مثل ما يقول المؤذن) ادعى ابن وضاح أن قوله المؤذن مدرج وأن الحديث انتهى عند قوله مثل ما يقول وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها قاله الحافظ

قوله (مثل ما يقول) قال الكرماني : [ص ٣٦] قال مثل ما يقول ولم يقل مثل ما قال ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتها . قال الحافظ : والصريح في ذلك ما رواه النسائي من حديث أم حبيبة أنه صلى الله عليه وآله وسلم كان يقول كما يقول المؤذن حتى يسكت . وأصرح من ذلك حديث عمر بن الخطاب الآتي بعد هذا

والحديث يدل على أنه يقول السامع مثل ما يقول المؤذن في جميع ألفاظ الأذان الحيعلتين وغيرهما وقد ذهب الجمهور إلى تخصيص الحيعلتين بحديث عمر الآتي فقالوا يقول مثل ما يقول فيما عدا الحيعلتين وأما في الحيعلتين فيقول لا حول ولا قوة إلا بالله

وقال ابن المنذر : يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا وحكى بعض المتأخرين عن بعض أهل الأصول أن الخاص والعام إذا أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما قال : فلم لا يقال يستحب للسامع أن يجمع بين الحيعلة والحوقلة وهو وجه عند الحنابلة . والظاهر من قوله في الحديث فقولوا التعبد بالقول وعدم كفاية إمرار المجاوبة على القلب . والظاهر من قوله مثل ما يقول عدم اشتراط المساواة من جميع الوجوه . قال اليعمري : لاتفاقهم على أنه لا يلزم المجيب أن يرفع صوته ولا غير

---

(١) فيض القدير، ١/٢٠٢

ذلك . قال الحافظ : وفيه بحث لأن المماثلة وقعت في القول لا في صفته ولاحتياج المؤذن إلى الإعلام شرع له رفع الصوت بخلاف السامع فليس مقصوده إلا الذكر والسر والجهر مستويان في ذلك

وظاهر الحديث إجابة المؤذن في جميع الحالات من غير فرق بين المصلي وغيره . وقيل يؤخر المصلي الإجابة حتى يفرغ . وقيل يجيب إلا في الحيعلتين . قال الحافظ : والمشهور في المذهب كراهة الإجابة في الصلاة بل يؤخرها حتى يفرغ وكذا حال الجماع والخلاء . قيل والقول بكراهة الإجابة في الصلاة يحتاج إلى دليل ولا دليل ولا يخفى أن حديث إن في الصلاة لشغلا دليل على الكراهة ويؤيده امتناع النبي صلى الله عليه و سلم من إجابة السلام فيها وهو أهم من الإجابة للمؤذن

وظاهر الحديث أنه يقول مثل ما يقول المؤذن من غير فرق بين الترجيع وغيره . وفيه متمسك لمن قال بوجوب الإجابة لأن الأمر يقتضيه بحقيقته وقد حكى ذلك الطحاوي عن قوم من السلف وبه قالت الحنفية وأهل الظاهر وابن وهب . وذهب الجمهور إلى عدم الوجوب . قال الحافظ : واستدلوا بحديث أخرجه مسلم وغيره : (أن النبي صلى الله عليه و سلم سمع مؤذنا فلما كبر قال على الفطرة فلما تشهد قال خرج من النار) . قالوا فلما قال صلى الله عليه و سلم غير ما قال المؤذن علمنا أن الأمر بذلك [ص ٣٧] للاستحباب ورد بأنه ليس في الرواية أنه لم يقل مثل ما قال وباحتمال أنه وقع ذلك قبل الأمر بالإجابة واحتمال أن الرجل الذي سمعه النبي صلى الله عليه و سلم يؤذن لم يقصد الأذان وأجيب عن هذا الأخير بأنه وقع في بعض طرق هذا الحديث أنه حضرته الصلاة وقد عرفت غير مرة أن فعله صلى الله عليه و سلم لا يعارض القول الخاص بنا وهذا منه . والظاهر من الحديث التعبد بالقول مثل ما يقول المؤذن وسواء كان المؤذن واحدا أو جماعة . قال القاضي عياض : وفيه خلاف بين السلف فمن رأى الاقتصار على الإجابة للأول احتج بأن الأمر لا يقتضي التكرار ويلزمه على ذلك أن يكتفي بإجابة المؤذن مرة واحدة في العمر ." (١)

" - الحديث أخرجه أيضا الترمذي والنسائي وأبي داود . وفي الباب عن أبي جحيفة عند البخاري وغيره : (أنه رأى النبي صلى الله عليه وآله وسلم خرج في حلة حمراء مشمرا صلى إلى العنزة بالناس ركعتين) وعن عامر المزني عند أبي داود بإسناد فيه اختلاف قال : (رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمنى وهو يخطب على بغلة وعليه برد أحمر وعلي عليه السلام أمامه يعبر عنه) قال في البدر المنير :

(١) نيل الأوطار، ٣٥/٢

وإسناده حسن وأخرج البيهقي عن جابر أنه كان له صلى الله عليه وآله وسلم ثوب أحمر يلبسه في العيدين والجمعة . وروى ابن خزيمة في صحيحه نحوه بدون ذكر الأحمر

(والحديث) احتج به من قال بجواز لبس الأحمر وهم الشافعية والمالكية وغيرهم . وذهبت العترة والحنفية إلى كراهة ذلك واحتجوا بحديث عبد الله بن عمرو الذي سيأتي بعد هذا وسيأتي في شرحه إن شاء الله تعالى ما يتبين به عدم انتهاضه للاحتجاج

واحتجوا أيضا بالأحاديث الواردة في تحريم المصبوغ بالعصفر قالوا لأن العصفر يصبغ صباغا أحمر وهي أخص من الدعوى وقد عرفناك أن الحق أن ذلك النوع من الأحمر لا يحل لبسه

(ومن أدلتهم) حديث رافع بن خديج عند أبي داود قال : (خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في سفر فرأى على رواحلنا وعلى إبلنا أكسية فيها خيوط عهن أحمر فقال : ألا أرى هذه الحمرة قد علتكم فقمنا سراعا لقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخذنا الأكسية فنزعناها عنها) وهذا الحديث لا تقوم به حجة لأن [ص ٩١] في إسناده رجلا مجهولا

(ومن أدلتهم) حديث (إن امرأة من بني أسد قالت : كنت يوما عند زينب امرأة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ونحن نصبغ ثيابها بمغرة والمغرة صباغ أحمر قالت : فبينا نحن كذلك إذ طلع علينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلما رأى المغرة رجع فلما رأت ذلك زينب علمت أنه صلى الله عليه وآله وسلم قد كره ما فعلت وأخذت فغسلت ثيابها ووارت كل حمرة ثم إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رجع فاطلع فلما لم ير شيئا دخل) الحديث أخرجه أبو داود وفي إسناده إسماعيل بن عياش وابنه وفيهما مقال مشهور

وهذه الأدلة غاية ما فيها لو سلمت صحتها وعدم وجدان معارض لها الكراهة لا التحريم فكيف وهي غير صالحة للاحتجاج بها لما في أسانيدها من المقال الذي ذكرنا ومعارضة بتلك الأحاديث الصحيحة نعم من أقوى حججهم ما في صحيح البخاري من النهي عن المياثر الحمر وكذلك ما في سنن أبي داود والنسائي وابن ماجه والترمذي من حديث علي قال : (نهاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن لبس القسي والميثرة الحمراء) ولكنه لا يخفى عليك أن هذا الدليل أخص من الدعوى وغاية ما في ذلك تحريم الميثرة الحمراء فما الدليل على تحريم ما عداها مع ثبوت لبس النبي صلى الله عليه وآله وسلم له مرات ومن أصرح أدلتهم حديث رافع بن برد أو رافع بن خديج كما قال ابن قانع مرفوعا بلفظ : (إن الشيطان يحب

الحمرة فإياكم والحمرة وكل ثوب ذي شهرة) أخرجه الحاكم في الكنى وأبو نعيم في المعرفة وابن قانع وابن السكن وابن منده وابن عدي ويشهد له ما أخرجه الطبراني عن عمران بن حصين مرفوعا بلفظ : (إياكم والحمرة فإنها أحب الزينة إلى الشيطان) وأخرج نحوه عبد الرزاق من حديث الحسن مرسلا وهذا إن صح كان أنص أدلتهم على المنع ولكنك قد عرفت لبسه صلى الله عليه وآله وسلم للحلة الحمراء في غير مرة ويبعد منه صلى الله عليه وآله وسلم أن يلبس ما حذرنا من لبسه معللا ذلك بأن الشيطان يحب الحمرة : ولا يصح أن يقال ههنا فعله لا يعارض القول الخاص بنا كما صرح بذلك أئمة الأصول لأن تلك العلة مشعرة بعدم اختصاص الخطاب بنا إذ تجنب ما يلابسه الشيطان هو صلى الله عليه وآله وسلم أحق الناس به

(فإن قلت :) فما الراجح إن صح ذلك الحديث قلت : قد تقرر في الأصول أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا فعل فعلا لم يصاحبه دليل خاص يدل على التأسي به فيه كان مخصصا له عن عموم القول الشامل له بطريق الظهور فيكون على هذا لبس الأحمر مختصا به ولكن ذلك الحديث غير صالح للاحتجاج به كما صرح بذلك [ص ٩٢] الحافظ وجزم بضعفه لأنه من رواية أبي بكر البدلي . وقد بالغ الجوزقاني فقال باطل فالواجب البقاء على البراءة الأصلية المعتضدة بأفعاله الثابتة في الصحيح لا سيما مع ثبوت لبسه لذلك بعد حجة الوداع ولم يلبث بعدها إلا أياما يسيرة

وقد زعم ابن القيم أن الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود وغلط من قال إنها كانت حمراء بحتا قال : وهي معروفة بهذا الاسم ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء وهو من أهل اللسان والواجب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أي كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كتب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه فإن قال إنما فسرها بذلك التفسير للجمع بين الأدلة فمع كون كلامه آبيا عن ذلك لتصريحه بتغليط من قال إنها الحمراء البحت لا ملجئ إليه لإمكان الجمع بدونه كما ذكرنا مع أن حمله الحلة الحمراء على ما ذكر ينافي ما احتج به في أثناء كلامه من إنكاره صلى الله عليه و سلم على القوم الذين رأى على رواحلهم أكسية فيها خطوط حمر

(وفيه دليل) على كراهية ما فيه الخطوط وتلك الحلة كذلك بتأويله

قوله في الحديث يبلغ شحمة أذنيه هي اللين في الأذن في أسفلها وهو معلق القرط منها وقد اختلفت الروايات الصحيحة في شعره فههنا إلى شحمة أذنيه وفي رواية كان يبلغ شعره منكبيه وفي رواية إلى أنصاف أذنيه وعاتقه

قال القاضي : الجمع بين هذه الروايات أن ما يلي الأذن هو الذي يبلغ شحمة أذنيه وهو الذي بين أذنه وعاتقه وما خلفه هو الذي يضرب منكبيه . وقيل كان ذلك لاختلاف الأوقات فإذا غفل عن تقصيرها بلغت المنكب وإذا قصرها كانت إلى أنصاف أذنيه وكان يقصر ويطول بحسب ذلك . وقد تقدم نحو هذا في باب اتخاذ الشعر

وفي فتح الباري إن في لبس الثوب الأحمر سبعة مذاهب :

الأول الجواز مطلقا جاء عن علي عليه السلام وطلحة وعبد الله بن جعفر والبراء وغير واحد من الصحابة وعن سعيد بن المسيب والنخعي والشعبي وأبي قلابة وطائفة من التابعين

والثاني المنع مطلقا ولم ينسبه الحافظ إلى قائل معين إنما ذكر أخبارا وآثارا يعرف بها من قال بذلك

الثالث يكره لبس الثوب المشبع بالحمرة دون ما صبغه خفيفا جاء ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد

الرابع يكره لبس الأحمر [ص ٩٣] مطلقا لقصد الزينة والشهرة ويجوز في البيوت والمهنة جاء ذلك عن ابن عباس

الخامس يجوز لبس ما كان صبغ غزله ثم نسج ويمنع ما صبغ بعد النسج جنح إلى ذلك الخطابي

السادس اختصاص النهي بما يصبغ بالعصفر ولم ينسبه إلى أحد

السابع تخصيص المنع بالثوب الذي يصنع كله وأما ما فيه لون آخر غير أحمر فلا . حكي عن ابن القيم أنه قال بذلك بعض العلماء ثم قال الحافظ : والتحقيق في هذا المقام أن النهي عن لبس الأحمر إن كان من أجل أنه لبس الكفار فالقول فيه كالقول في الميثرة الحمراء وإن كان من أجل أنه زي النساء فهو راجع إلى الزجر عن التشبه بالنساء فيكون النهي عنه لا لذاته وإن كان من أجل الشهرة أو خرم المروءة فيمنع حيث يقع ذلك وإلا فلا فيقوى ما ذهب إليه مالك من التفرقة بين لبسه في المحافل وفي البيوت ." (١)

---

(١) نيل الأوطار، ٢/٩٠

" – قوله " وجعلنا مكة بظهر " أي جعلناها وراء أظهرنا وذلك عند إرادتهم الذهاب إلى منى : قوله " لا يخالطه شيء " يعني من العمرة ولا القران ولا غيرهما قوله " من ذي الحجة " بكسر الحاء على الأفصح . قوله : " أرأيت متعتنا هذه " أي أخبرني عن فسخنا الحج إلي عمرتنا هذه التي تمتعنا فيها بالجماع والطيب واللبس . قوله : " لعامنا هذا " أي مخصوصة به لا تجوز في غيره أم للأبد أي جميع الإعصار . (وقد ستدل) بهذه الأحاديث وبما يأتي بعدها مما ذكره المصنف من قال أنه يجوز فسخ الحج إلى العمرة لكل واحد وبه قال أحمد وطائفة من أهل الظاهر وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي قال النووي وجمهور العلماء من السلف والخلف إن فسخ الحج إلى العمرة هو مختص بالصحابة في تلك السنة لا يجوز بعدها قالوا وإنما أمروا به في تلك السنة ليخالفوا ما كانت عليه الجاهلية من تحريم العمرة في أشهر الحج واستدلوا بحديث أبي ذر وحديث الحرث بن بلال عن أبيه وسيأتيان ويأتي الجواب عنهما قالوا ومعنى قوله للأبد جواز الاعتمار في أشهر الحج والقران فهما جائزان إلى يوم القيامة وأما فسخ الحج إلى العمرة فمختص بتلك السنة وقد عارض المجوزون للفسخ ما احتج به المانعون بأحاديث كثيرة عن أربعة عشر من الصحابة قد ذكر المصنف في هذا الباب منها أحاديث عشرة منهم وهم جابر وسراقة بن مالك وأبو سعيد وأسماء وعائشة وابن عباس وأنس وابن عمر والربيع بن سبرة والبراء وأربعة لم يذكر احاديثهم وهم حفصة وعلي وفاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبو موسى . قال في الهدي وروى ذلك عن هؤلاء الصحابة طوائف من كبار التابعين حتى صار منقولا عنهم نقلا يرفع الشك ويوجب اليقين ولا يمكن أحد أن ينكره أو يقول لم يقع وهو مذهب أهل بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومذهب حبر الأمة وبحرها ابن عباس وأصحابه ومذهب أبو موسى الأشعري ومذهب أمام أهل السنة والحديث أحمد بن حنبل وأهل الحديث معه ومذهب عبد الله ابن الحسن العنبري قاضي البصرة ومذهب أهل الظاهر انتهى . واعلم إن هذه الأحاديث قاضية بجواز الفسخ . وقول أبي ذر لا يصلح للاحتجاج به عليها إنها مختصة بتلك السنة وبذلك الركب وغاية ما فيه أنه قول صحابي فيما هو مسرح للاجتهاد فلا يكون حجة على أحد على فرض أنه لم يعارضه غيره فكيف إذا عارضه رأي غيره من الصحابة كان عباس فإنه أخرج عنه مسلم أنه كان يقول " لا يطوف بالبيت حاج الاحل " وأخرج عبد الرزاق أنه قال من جاء مهلا بالحج فإن الطواف بالبيت يصيره إلى عمرة شاء أم أبى فقيل له إن الناس ينكرون ذلك عليك فقال هي سنة نبيهم وإن رغموا وكابى موسى فإنه كان يفتي بجواز الفسخ في خلافة عمر كما في صحيح البخاري على ان قول أبي ذر معارض

بصريح السنة كما تقدم في جوابه صلى الله عليه وآله وسلم لسراقة بقوله للأبد لما سأله عن متعتهم تلك بخصوصها مشيرا إليها بقوله متعتنا هذه فليس في المقام متمسك بيد المانعين يعتد به ويصلح لنصبه في مقابلة هذه السنة المتواترة وأما حديث الحرث بن بلال عن أبيه فسيأتي أنه غير صالح للتمسك به على فرض أنفراده فكيف إذا وقع معارضا لأحاديث أربعة عشر صحابيا كلها صحيحة وقد أبعد من قال أنها منسوخة لأن دعوى النسخ تحتاج إلى نصوص صحيحة متأخرة عن هذه النصوص وأما **مجرد الدعوى** فأمر لا يعجز عنه أحد

وأما ما رواه البزار عن عمر أنه قال " أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أحل لنا المتعة ثم حرمها علينا " فقال ابن القيم إن هذا الحديث لا سند له ولا متن أما سنده فمما لا تقوم به حجة عند أهل الحديث وأما متنه فإن المراد بالمتعة فيه متعة النساء . ثم استدل على أن المراد ذلك بإجماع الأمة على أن متعة الحج غير محرمة ويقول عمر لو حججت لتمتعت كما ذكره الأثرم في سننه . ويقول عمر لما سئل . هل نهى عن متعة الحج فقال لا أبعد كتاب الله أخرجه عنه عبد الرزاق وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم " بل للأبد " فإن قطع لتوهم ورود النسخ عليها (واستدل) على النسخ بما أخرجه أبو داود " أن رجلا من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم أتى عمر بن الخطاب فشهد عنده أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في مرضه الذي قبض فيه ينهي عن العمرة قبل الحج " وهو من رواية سعيد بن المسيب عن الرجل المذكور وهو لم يسمع من عمر وقال أبو سليمان الخطابي في إسناد هذا الحديث مقال وقد أعتمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قبل موته وجوز ذلك إجماع اهل العلم ولم يذكر فيه خلافا انتهى . إذا تقرر لك هذا علمت أن هذه السنة عامة لجميع الأمة وسيأتي في أخر هذا الباب بقية متمسكات الطائفتين وقد اختلف هل الفسخ على جهة الوجوب أو الجواز فما بعض إلى انه واجب قال ابن القيم في الهدى بعد أن ذكر الحديث البراء الأتي وغضبه صلى الله عليه وآله وسلم لما لم يفعلوا ما أمرهم به من الفسخ ونحن نشهد الله علينا أنا لو أحرمنا بحج لرأينا فرضا علينا فسخه إلى عمرة تفاديا من غضب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم واتباعا لأمره فوالله ما نسخ هذا في حياته ولا بعده ولا صح حرف واحد يعارضه ولا خص به أصحابه دون من بعدهم بل أجرى الله على لسانة سراقة أن سأله هل ذلك مختص بهم فأجابه بأن ذلك كائن لا بد فما ندري ما يقدم على هذه الأحاديث وهذا الأمر المؤكد الذي غضب رسول الله صلى الله

عليه وآله وسلم على من خالفه انتهى . والظاهر أن الوجوب رأي ابن عباس لقوله فيما تقدم أن الطواف بالبيت يصيره إلى عمرة شاء أم أبى ." (١)

"عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي قال لو يعطي الناس بصيغة المجهول أي لو فرض أن يعطوا مدعاهم من مالهم ودمائهم بدعواهم أي بمجرد دعواهم من غير بينة للمدعي أو تصديق من المدعى عليه لأدعي ناس أي قوم في الحقيقة نسناس بطريق البطلان على ناس دماء رجال وأموالهم قيل أي لأخذ رجال أموال قوم وسفكوا دماءهم فوضع الدعوى موضع الأخذ لأنها سببه ولا شك أن أخذ مال المدعى عليه ممتنع لامتناع إعطاء المدعى **بمجرد الدعوى** فصح معنى لو كما لا يخفى هذا ولما كانت الجملة المتقدمة نفت اعتبار الإعطاء **بمجرد الدعوى** وأفادت أن البينة على المدعى وكانت موهمة لعدم سماع الدعوى من غير حجة مطلقا استدركه بقوله ولكن اليمن بتشديد لكن ونصب اليمين وفي نسخة بالتخفيف والرفع أي الحلف المدعي عليه أي المنكر أن طلب المدعي تحليفه فلو حلفه القاضي بغير طلب المدعي ثم طلب المدعي التحليف فله أن يحلفه كذا في الأصول الع‍مادية وهذا عام خص منه الحدود واللعان ونحوهما رواه مسلم وفي الجامع الصغير رواه أحمد والشيخان وابن ماجه وفي شرحه أي شرح مسلم للنووي يجوز قصره ومده." (٢)

"أمكن فيجب المصير إليه إبقاء لأذن على حقيقته عملا بقاعدة الأصول أنه يجب إبقاء اللفظ على حقيقته وهو مردود بأن ذلك إنما يصح إذا اختلف سند الحديث ومخرجه أما مع الاتحاد فلا ويجب رجوع المجمل إلى المفصل عملا بقاعدة الأصول وأهل الحديث وقال بعض المحدثين لو لم نكتب الحديث من ستين وجها ما عقلناه لاختلاف الرواة في ألفاظه ونحوها نعم قال السيوطي في شرح البخاري قد ظفرت بحديث آخر مرسلا رواه سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا عبد الرحمن بن أبي بكر القرشي عن ابن أبي مليكة قال أذن رسول الله مرة فقال حي على الفلاح قال وهذه رواية لا تقبل التأويل انتهى

فهذا الذي يجزم فيه بالتعدد لاختلاف سنده وانظر ما أحسن قوله آخر لكن لم يبين هل كان في سفر أو حضر

---

(١) نيل الأوطار، ٤٧/٥

(٢) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ٣٩٤/١١

(مالك عن ابن شهاب عن عطاء بن يزيد) بتحتية وزاي (الليثي) المدني نزيل الشام من ثقات التابعين ورجال الجميع مات سنة خمس أو سبع ومائة وقد جاوز الثمانين ولأبي عوانة من رواية ابن وهب عن مالك ويونس عن الزهري أن عطاء بن يزيد أخبره (عن أبي سعيد) سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري (الخدري) له ولأبيه صحبة واستصغر بأحد ثم شهد ما بعدها روى الكثير ومات بالمدينة سنة ثلاث أو أربع أو خمس وستين وقيل سنة أربع وسبعين

(أن رسول الله قال إذا سمعتم النداء) أي الأذان سمي به لأنه نداء إلى الصلاة ودعاء إليها

(فقولوا مثل ما يقول المؤذن) ادعى ابن وضاح أن قوله المؤذن مدرج وأن الحديث انتهى بقوله ما يقول وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها وظاهره اختصاص الإجابة بمن سمع حتى لو رأى المؤذن على المنارة مثلا في الوقت وعلم أنه يؤذن لكن لم يسمع أذانه لبعد أو صمم لا يشرع له المتابعة قاله النووي في شرح المهذب وقال مثل ما يقول ولم يقل مثل ما قال ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتها قاله الكرماني والصريح في ذلك ما رواه النسائي عن أم حبيبة أنه كان يقول مثل ما يقول المؤذن حتى يسكت

وقال أبو الفتح اليعمري ظاهر الحديث أنه يقول مثل ما يقول عقب فراغ المؤذن لكن الأحاديث التي تضمنت إجابة كل كلمة عقبها دلت على أن المراد المساوقة يشير إلى حديث عمر في مسلم وغيره وظاهره أيضا أنه يقول مثله في جميع الكلمات لكن حديث عمر أيضا وحديث معاوية في البخاري وغيره دلا على أنه يستثنى من ذلك حي على الصلاة وحي على الفلاح فيقول بدلهما لا حول ولا قوة إلا بالله وهو المشهور عند الجمهور

وقال ابن المنذر يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا

وحكي

". (١)

"(سورة الشمس الآية ١٠) كرهوا اجتماع ثلاثة أحرف من جنس واحد قال الأبي وما ذكر أبو عبيد يرجع إلى أنه من التصرية ولذا أنكر أن يكون من الصر الذي هو الربط والنهي لحق الغير

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ١/٢٠٠

(فمن ابتاعها بعد ذلك) المذكور وهو التصرية أو بعد العلم بهذا النهي (فهو بخير النظرين) أفضل الرأيين (بعد أن يحلبها) بضم اللام من باب نصر وفي رواية يحتلبها بفوقية قبل اللام المكسورة (إن رضيها) أي المصراة (أمسكها) ولا شيء له (وإن سخطها) كرهها (ردها وصاعا من تمره) نصب على أن الواو بمعنى مع أو لمطلق الجمع لا مفعولا معه لأن جمهور النحاة على أن شرط المفعول معه أن يكون فاعلا نحو جئت أنا وزيدا والجملتان شرطيتان عطفت الثانية على الأولى فلا محل لهما من الإعراب إذ هما تفسيريتان أتى بهما لبيان المراد بالنظرين ما هو كما قال مالك إنما خص التمر لأنه غالب عيش أهل المدينة فكذلك في كل بلد إنما يقضى بالصاع من غالب عيشهم

وفي رواية لأبي داود ومسلم وصاعا من طعام زاد في رواية لمسلم وعلقها البخاري وهو بالخيار ثلاثة أيام وحمله الجمهور على الغالب وهو أن التصرية إنما تظهر بثلاثة أيام وهو في معنى ثلاث حلبات لأن الأولى هي الدلسة وبالثانية ظهرت وبالثالثة تحققت لأن الثانية يظن أنها لاختلاف المرعى والمراح أو لاختلال في الضرع بإمساكها مدة التسوق بها

قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح أصل في النهي عن النجش والدلسة بالعيب وأصل في الرد به وأن بيع المعيب صحيح ويخير المشتري وممن قال بحديث المصراة مالك في المشهور عنه وهو تحصيل مذهبه وبه قال الشافعي والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وجمهور أهل الحديث قال ابن القاسم قلت لمالك أتأخذ بهذا الحديث قال نعم أو لأحد في هذا الحديث رأي وقوله في العتبية عنه ليس بالثابت ولا الموطأ عليه الله أعلم بصحته عن مالك

ورد أبو حنيفة وأصحابه الحديث وأتوا بأشياء لا معنى لها إلا **مجرد الدعوى** فقالوا إنه منسوخ بحديث الخراج بالضمان والغلة بالضمان قالوا والمستهلكات إنما تضمن بالمثل أو القيمة من ذهب أو فضة فهذا يبين نسخه

وقوله وصاعا من ثمر منسوخ بتحريم الربا في حديث التمر ربا إلا هاء وهاء قال أبو عمر حديث المصراة صحيح في أصول السنن وذلك أن لبن التصرية اختلط باللبن الطاري في ملك المشتري فلم يتهيأ تقويم ما للبائع منه لأن ما لا يعرف غير ممكن فحكم صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر قطعا للنزاع كحكمه في الجنين بغرة قطعا للخصومة إذ يمكن أن يكون حيا حين ضرب بطن أمه ففيه الدية أو ميتا فلا

شيء فيه فقطع النزاع بالغرة وكحكمه في الأصابع والأسنان بأن الصغير فيها كالكبير إذ لا توقف لصحة تفضيل بعضها على بعض في المنفعة وكذا الموضحة حكم في صغيرها وكبيرها بحكم واحد اه

وفي المعلم قال أبو حنيفة والكوفيون إنه منسوخ لحديث الخراج بالضمان وبالأصول التي خالفته وهي أن اللبن مثلي فيلزم مثله فإن تعذر فقيمته والمثل هنا تعذر لتعذر معرفة قدره فكان فيه القيمة بالعين لا مثله ولأنه لما عدل عن المثل إلى غيره نحى به عن البيع فهو طعام بطعام إلى أجل ولأن لبن

." (١)

"بكر استتاب أم قرفة لما ارتدت فلم تتب فقتلها فلعل عمر علم بانعقاد الإجماع على ذلك زمن أبي بكر فأنكر على أبي موسى تغيير ذلك وإلا فأبو موسى مجتهد فإذا حكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا إجماع لم يبلغ عمر من الإنكار عليه هذا الحد ولو لم يجز لأبي موسى ذلك ما جاز لعمر أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفي هذا من فساد الأحوال وتوقف الأحكام ما لا يخفى قاله الباجي

١٩ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا (مالك عن سهيل) بضم السين وفتح الهاء مصغرا (ابن أبي صالح السمان) بائع السمن (عن أبيه) أبي صالح ذكوان المدني (عن أبي هريرة) عبد الرحمن بن صخر أو عمرو بن عامر (أن سعد بن عبادة) بضم المهملة وفتح الموحدة سيد الخزرج (قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت) أي أخبرني (إن وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله) بفتح الهمزة الأولى وضم الثانية (حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم) زاد في رواية سليمان بن بلال قال أي سعد كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك قال صلى الله عليه وسلم اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور وأنا أغير منه والله أغير مني زاد في حديث المغيرة بن شعبة من أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا شخص أغير من الله ولا شخص أحب إليه العذر من الله من أجل ذلك بعث المرسلين مبشرين ومنذرين ولا شخص أحب إليه المدحة من الله من أجل ذلك وعد الله الجنة رواه مسلم

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ٣/٤٢٩

وأخرج أحمد عن ابن عباس لما نزلت ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ سورة النور الآية ٤ قال سعد بن عبادة وهو سيد الأنصار أهكذا نزلت يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم قالوا يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور والله ما تزوج امرأة قط فاجترأ رجل منا أن يتزوجها من شدة غيرته فقال سعد والله يا رسول الله إني لأعلم أنها حق وأنها من الله ولكن تعجبت أني لو وجدت لكاعا قد تفخذها رجل لم يكن لي أن أهيجه ولا أحركه حتى آتي بأربعة شهداء فوالله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته الحديث

وفي حديث الباب النهي عن إقامة حد بغير سلطان ولا شهود وقطع الذريعة إلى سفك الدم **بمجرد الدعوى**

وأخرجه مسلم من طريق إسحاق بن عيسى عن مالك به وتابعه عبد العزيز الدراوردي وسليمان بن بلال كلاهما عن سهيل به بزيادة رواهما مسلم أيضا وبه شنع ابن عبد البر على البزار في

". (١)

"أن سعد بن عبادة) الأنصاري الجواد المشهور سيد الخزرج (قال لرسول الله) لما نزلت ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ سورة النور الآية ٤ الآية (أرأيت لو أني وجدت مع امرأتي رجلا) وفي رواية لو وجدت لكاعا يعني امرأته قد تفخذها رجل (أأمهله) بفتح همزة الاستفهام وضم الثانية (حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله نعم) زاد في رواية قال كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك قال اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور وأنا أغير منه والله أغير مني وفيه قطع الذريعة عن سفك الدم **بمجرد الدعوى** والنهي عن إقامة حد بغير سلطان ولا شهود وهو وجه إدخاله في كتاب الحدود ومر بسنده ومتنه في كتاب القضاء

(مالك عن ابن شهاب) محمد بن مسلم (عن عبيد الله) بضم العين (ابن عبد الله) بفتحها (ابن عتبة) بضمها (ابن مسعود) أحد الفقهاء (عن عبد الله بن عباس أنه قال سمعت عمر بن الخطاب يقول) على المنبر النبوي (الرجم في كتاب الله حق) ثابت الحكم منسوخ اللفظ

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ٤/٢٠

وللبخاري من طريق صالح بن كيسان عن الزهري بإسناده المذكور إن الله بعث محمدا وأنزل عليه الكتاب فكان مما أنزل الله آية الرجم (على من زنى من الرجال والنساء إذا أحصن) بضم الهمزة أي تزوج ووطىء مباحا وكان بالغا عاقلا (إذا أقيمت البينة) بالزنى (أو كان الحبل) بفتح الحاء المهملة والموحدة أي وجدت المرأة حبلى (أو) كان (الاعتراف) الإقرار بالزنى والاستمرار عليه وهذا مختصر من خطبة لعمر طويلة قالها في آخر عمره رضي الله عنه رواها البخاري بتمامها من طريق صالح بن كيسان عن ابن شهاب بإسناده المذكور

(مالك عن يحيى بن سعيد) الأنصاري (عن سليمان بن يسار) بتحتية ومهملة خفيفة (عن أبي واقد) بالقاف (الليثي) الصحابي قيل اسمه الحارث بن مالك وقيل ابن عوف وقيل اسمه عون بن الحارث مات سنة ثمان وستين وهو ابن خمس وثمانين على الصحيح (أن عمر بن الخطاب أتاه رجل) لم يسم (وهو بالشام) لما قدمها في خلافته (فذكر له أنه وجد مع امرأته رجلا فبعث عمر بن الخطاب

". (١)

" ٣٣ -

([٥٢٠] باب المؤذن يستدير في أذنه)

(قال) أي أبو جحيفة وهو بضم الجيم وفتح الحاء المهملة وسكون الياء اخر الحروف وفتح الفاء واسمه وهب بن عبد الله السوائي بضم السين والمد

قاله العيني (وهو) أي النبي صلى الله عليه و سلم (في قبة) قال في المصباح المنير القبة من البنيان معروف وتطلق على البيت المدور وهو معروف عند التركمان والجمع قباب (من أدم) بفتحتين جمع أديم أي جلد (فكنت أتتبع فمه ها هنا وههنا) فمه منصوب على المفعولية وههنا وههنا ظرفا مكان والمراد بهما جهتا اليمين والشمال ومعناه أنا أنظر إلى فم بلال متتبعا وفي رواية الترمذي رأيت بلالا يؤذن ويدور ويتبع فاه ها هنا وههنا الحديث قال الحافظ والحاصل أن بلالا كان يتتبع بفيه الناحيتين وكان أبو جحيفة ينظر إليه فكل منهما متتبع باعتبار

انتهى

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ١٧٦/٤

وفي رواية وكيع عن سفيان عند مسلم قال فجعلت أتتبع فاه ها هنا وههنا يمينا وشمالا يقول حي على الصلاة حي على الفلاح الحديث قلت قوله كنت أتتبع فمه ها هنا وههنا هو محل الترجمة ويؤخذ منه مطابقة الحديث بالباب وهو استدارة المؤذن في الأذان كما عرفت من قول الحافظ (قال) أبو جحيفة (وعليه حلة) هي بضم الحاء إزار ورداء

قال بن الأثير الحلة واحدة الحلل وهي برود اليمن ولا تسمى حلة إلا أن تكون ثوبين من جنس واحد (حمراء) قال الشوكاني رحمه الله وقد زعم بن القيم أن الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود وغلط من قال إنها كانت حمراء بحتا قال وهي معروفة بهذا الأسم انتهى

ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء هو من أهل اللسان

والجواب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كسب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه ." [1]

" عند قوله مثل ما يقول وتعقب بأن الادارج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها وظاهر قوله مثل ما يقول يدل على أنه يقول السامع مثل ما يقول المؤذن في جميع ألفاظ الأذان الحيعلتين وغيرهما لكن حديث عمر بن الخطاب الآتي يخصص الحيعلتين فيقول السامع مثل ما يقول المؤذن فيما عدا الحيعلتين وأما في الحيعلتين فيقول السامع لا حول ولا قوة إلا بالله كذلك استدل به بن خزيمة وهو المشهور عند الجمهور قال المنذري والحديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وبن ماجه

[٥٢٣] (إذا سمعتم المؤذن) أي صوته أو أذانه (فقولوا) واستدل به على وجوب إجابة المؤذن حكاه الطحاوي عن قوم من السلف وبه قال الحنفية وأهل الظاهر وبن وهب

واستدل الجمهور بحديث أخرجه مسلم وغيره أنه صلى الله عليه و سلم سمع مؤذنا فلما كبر قال على الفطرة فلما تشهد قال خرج من النار قال فلما قال عليه الصلاة و السلام غير ما قال المؤذن علمنا أن

---

(١) عون المعبود، ١٥٤/٢

الأمر بذلك للاستحباب وتعقب بأنه ليس في الحديث أنه لم يقل مثل ما قال فيجوز أن يكون قاله ولم ينقله الراوي اكتفاء بالعادة

ونقل القول الزائد وبأنه يحتمل أن يكون ذلك وقع قبل صدور الأمر

كذا في فتح الباري (مثل ما يقول) أي إلا في الحيعلتين لما سيأتي

وقال في المرقاة وإلا في قوله الصلاة خير من النوم فإنه يقول صدقت وبررت وبالحق نطقت وبررت بكسر الراء الأولى وقيل بفتحها أي صرت ذا بر أي خير كثير

قال الكرماني قال ما يقول ولم يقل مثل ما قال ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتها

قلت والصريح في ذلك ما رواه النسائي من حديث أم حبيبة أنه صلى الله عليه و سلم كان يقول كما يقول المؤذن حتى يسكت انتهى (ثم صلوا علي) أي بعد فراغكم (فإنه) أي الشأن (صلاة) أي واحدة (صلى الله عليه) أي أعطاه (بها عشرا) أي من الرحمة (ثم سلوا الله) أمر من سأل بالهمز على النقل والحذف والاستغناء أو من سال بالألف المبدلة من الهمز أو الواو أو الياء قاله علي القارىء (لي) أي لأجلي (الوسيلة) قال الحافظ في الفتح هي ما يتقرب به إلى الكبير يقال توسلت أي تقربت وتطلق على المنزلة العلية

انتهى وقد فسرها النبي صلى الله عليه و سلم بقوله (فإنها) أي الوسيلة (منزلة ." [١]

" الضحايا أغلاها وأسمنها وأمر رسول الله صلى الله عليه و سلم فأخذ رجل برجل ورجل برجل ورجل بيد ورجل بيد ورجل بقرن ورجل بقرن وذبحها السابع وكبرنا عليها جميعا قال بن القيم في آخر أعلام الموقعين بعد إيراد الحديث المذكور نزل هؤلاء النفر منزلة أهل البيت الواحد في إجزاء الشاة عنهم لأنهم كانوا رفقة واحدة انتهى

وقال الحافظ في الفتح في باب الأضحية للمسافر والنساء واستدل به الجمهور على أن ضحية الرجل تجزئ عنه وعن أهل بيته وخالف في ذلك الحنفية وادعى الطحاوي أنه مخصوص أو منسوخ ولم يأت لذلك بدليل

قال القرطبي لم ينقل أن النبي صلى الله عليه و سلم أمر كل واحدة من نسائه بأضحية مع تكرار سن الضحايا ومع تعددهن والعادة تقضي بنقل ذلك لو وقع كما نقل غير ذلك من الجزئيات

---

(١) عون المعبود، ١٥٨/٢

ويؤيده ما أخرجه مالك وبن ماجه والترمذي وصححه من طريق عطاء بن يسار سألت أبا أيوب فذكر الحديث انتهى

وقال الشوكاني في السيل الجرار والحق أنها تجزئ عن أهل البيت وإن كانوا مائة نفس انتهى وهكذا في النيل والدراري المضية كلاهما للشوكاني وكذا في سبل السلام وغير ذلك من كتب المحدثين

والحاصل أن الشاة الواحدة تجزئ في الأضحية دون الهدى عن الرجل وعن أهله وإن كثروا كما تدل عليه رواية عائشة أم المؤمنين عند مسلم وأبي داود ورواية جابر عند الدارمي وأصحاب السنن ورواية أبي أيوب الأنصاري عند مالك والترمذي وبن ماجه ورواية عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه و سلم عند الحاكم في المستدرك ورواية أبي طلحة وأنس عند بن أبي شيبة ورواية أبي رافع وجد أبي الأشد عند أحمد ورواية غير ذلك من الصحابة

وما زعمه الطحاوي أن هذا الحديث منسوخ أو مخصوص به صلى الله عليه و سلم فغلطه العلماء في ذلك كما ذكره النووي

فإن النسخ والتخصيص لا يثبتان **بمجرد الدعوى** بل روى عن علي وأبي هريرة وبن عمر رضي الله عنهم أنهم كانوا يفعلون ذلك كما ذكره الخطابي وغيره وأجازه الأوزاعي والليث والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهويه وغيرهم من الأئمة

ومتمسك من قال إن الشاة الواحدة في الأضحية لا تجزئ عن جماعة القياس على الهدى وهو فاسد الاعتبار لأنه قياس في مقابل النص والضحية غير الهدى ولهما حكمان مختلفان فلا يقاس أحدهما على الآخر لأن النص ورد على التفرقة فوجب تقديمه على القياس فالصواب جوازه والحق مع هؤلاء الأئمة المذكورين رضي الله عنهم

انتهى مختصرا من غاية المقصود

قال المنذري وأخرجه الترمذي وقال هذا حديث غريب من هذا الوجه ." (١)

" يحرم ولو خالف وباع الحاضر للبادي صح البيع مع التحريم هذا مذهبنا وبه قال جماعة من المالكية وغيرهم

قال بعض المالكية يفسخ البيع ما لم يفت

---

(١) عون المعبود، ٨/٥

وقال عطاء ومجاهد وأبو حنيفة يجوز بيع الحاضر للبادي مطلقا لحديث الدين النصيحة قالوا وحديث النهى عن بيع حاضر لباد منسوخ

قال بعضهم إنه على كراهة التنزية والصحيح الأول ولا يقبل النسخ ولا كراهة التنزية **بمجرد الدعوى** انتهى (فقلت) أي لابن عباس وهذا مقول طاووس (ما يبيع حاضر لباد) أي ما معناه (قال) أي بن عباس (لا يكون له سمسارا) بكسر المهملة الأولى وبينهما ميم ساكنة أي دلالا

قاله القسطلاني

وقال في الفتح وهو في الأصل القيم بالأمر والحافظ ثم استعمل في متولي البيع والشراء لغيره انتهى

وقد استنبط الإمام البخاري منه تخصيص النهي عن بيع الحاضر للبادي إذا كان بالأجر وقوى ذلك بعموم حديث النصح لكل مسلم

قال المنذري وأخرجه البخاري ومسلم والنسائي وبن ماجه

[٣٤٤٠] (أن محمد بن زبرقان) بكسر زاي وسكون موحدة وكسر راء وبقاف كذا في المغني (أبا همام) كنية محمد (وكان) أي محمد (وإن كان) أي البادي (أخاه أو أباه) أي أخا الحاضر وأباه

والمعنى وإن كان البادي قريبا للحاضر أي قريب كان

قال المنذري وأخرجه النسائي ومسلم ورجال إسناده ثقات (أخبرنا محمد) هو بن سيرين

أورد في الأطراف في ترجمته عن أنس (وهي) أي قوله صلى الله عليه و سلم لا يبيع حاضر لباد وتأنيث الضمير باعتبار الكلمة (ولا يبتاع) أي لا يشتري البلدي للبادي شيئا بالأجر ويكون دلاله بل يتركه ليشتري بنفسه في السوق ." [1]

" أما استدلالهم بالنوع الأول أعني الأحاديث التي وردت في تحريم لبس المصبوغ بالعصفر فغير صحيح لأن تلك الأحاديث أخص من الدعوى وقد عرفت فيما سبق أن الحق أن المصبوغ بالعصفر لا يحل لبسه

وأما النوع الثاني فمنه حديث عبد الله بن عمرو وحديث رافع بن خديج وحديث حريث بن الابج وهذه الأحاديث الثلاثة تقدمت في باب الحمرة وقد عرفت أن واحدا منها لا يصلح للاحتجاج لما في

---

(١) عون المعبود، ٩/٢٢٠

أسانيدها من المقال الذي ذكرنا ومنه ما في صحيح البخاري وغيره من النهي عن المياثر الحمر ولكنه لا يخفي عليك أن هذا الدليل أخص من الدعوى وغاية ما في ذلك تحريم الميثر الحمراء فما الدليل على تحريم ما عداها مع ثبوت لبس النبي صلى الله عليه و سلم للحلة الحمراء في غير مرة ومنه حديث رافع بن بردا ورافع بن خديج بلفظ إن الشيطان يحب الحمرة فإياكم والحمرة الحديث أخرجه الحاكم في الكني وأبو نعيم في المعرفة وغيرهما والحديث على ما قال الشوكاني ضعيف لا يصلح للحجية

وقد بسط في النيل في عدم حجيته رواية ودراية فليراجع إليه قال وقد زعم بن القيم أن الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود وغلط من قال أنها كانت حمراء بحتا قال وهي معروفة بهذا الإسم ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء وهو من أهل اللسان والواجب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كتب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه انتهى وقد

وقد أطال الكلام في هذه المسألة الحافظ الناقد بن حجر في فتح الباري والعلامة العيني في عمدة القارىء

والصواب أن لبس الثوب المشبع بالحمرة يكره للرجال دون ما كان صبغه خفيفا والله أعلم

وحديث هلال بن عامر عن أبيه

قال المنذري اختلف في إسناده فقيل انفرد بحديثه أبو معاوية الضرير وقيل إنه أخطأ فيه لأن يعلى بن عبيد قال فيه عن هلال بن عمرو عن أبيه وصوب بعضهم الأول

وعمرو هذا هو بن رافع المزني مذكور في الصحابة وذكر له هذا الحديث وقال بعضهم فيه عن عمرو بن أبي رافع عن أبيه ." (١)

"فإن عارض هذا القائل بما قاله البيهقي بأن أبا هريرة أحفظ من روى في دهره فروايته أولى أجيب بالمنع بل رواية ابن المغفل أولى لأنه أحد العشرة الذين بعثهم عمر بن الخطاب قال الحسن البصري إلينا يفقهون الناس وهو من أصحاب الشجرة وهو أفقه من أبي هريرة والأخذ بروايته أحوط ولهذا ذهب إليه

---

(١) عون المعبود، ٨٥/١١

الحسن البصري وحديثه هذا أخرجه ابن منده من طريق شعبة وقال اسناده مجمع على صحته ورواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه وروي عن أبي هريرة إذا ولغ السنور في الإناء يغسل سبع مرات ولم يعملوا به فكل جواب لهم عن ذلك فهو جوابنا عما زاد على الثلاث فإن عارض هذا القائل بأنه ثبت أن أبا هريرة افتى بالغسل سبعا ورواية من روى عنه موافقة فتياه لروايته أرجح من رواية من روى عنه مخالفتها من حيث الإسناد ومن حيث النظر اما النظر فظاهر واما الإسناد فالموافقة وردت من رواية حماد بن زيد عن ابن سيرين عنه وهذا من أصح الأسانيد واما المخالفة فمن رواية عبد الملك ابن أبي سليمان عن عطاء عنه وهو دون الأول في القوة بكثير أجيب بأن قوله ثبت أن أبا هريرة افتى بالغسل سبعا يحتاج إلى البيان **ومجرد الدعوى** لا تسمع ولئن سلمنا ذلك فقد يحتمل أن يكون فتواه بالسبع قبل ظهور النسخ عنده فلما ظهر أفتى بالثلاث وأما دعوى الرجحان فغير صحيحه لا من حيث النظر ولا من حيث قوة الإسناد لأن رجال كل منهما رجال الصحيح كما بيناه عن قريب وأما من حيث النظر فإن العذرة أشد في النجاسة من سؤر الكلبولم يعتد بالسبع فيكون الولوغ من باب أولى." (١)

"ذكر معناه قوله النداء أي الأذان قوله فقولوا مثل ما يقول المؤذن مثل منصوب على أنه صفة لمصدر محذوف أي قولوا قولا مثل ما يقول المؤذن وكلمة ما مصدرية أي مثل قول المؤذن والمثل هو النظير يقال مثل ومثل ومثيل مثل شبه وشبه وشبيه والمماثلة بين الشيئين اتحادهما في النوع كزيد وعمرو في الإنسانية وقال ابن وضاح قوله المؤذن مدرج والحديث فقولوا مثل ما يقول وليس فيه المؤذن وفيه نظر لأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** والروايات في الصحيحين مثل ما يقول المؤذن وحذف صاحب (العمدة) لفظ المؤذن ليس بشيء وإنما قال مثل ما يقول المؤذن بلفظ المضارع ولم يقل مثل ما قال المؤذن بلفظ الماضي ليكون قول السامع بعد كل كلمة مثل كلمتها والصريح في ذلك ما رواه النسائي من حديث أم حبيبة أن النبي إذا كان عندها فسمع المؤذن قال مثل ما يقول حين يسكت وأخرجه ابن خزيمة في (صحيحه) وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين قلت قوله على شرط الشيخين غير جيد لأن في سنده من ليس عندهما ولا عند أحدهما وهو عبد الله بن عتبة بن أبي سفيان ورواه أبو عمر بن عبد البر من حديث أبي عوانة عن أبي بشر عنها وكذا أبو الشيخ الأصبهانيذكر ما يستفاد منه احتج بقوله فقولوا أصحابنا أن إجابة المؤذن واجبة على السامعين لدلالة الأمر على الوجوب وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك والظاهرية ألا

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٤/٢٩٨

ترى أنه يجب عليهم قطع القراءة وترك الكلام والسلام ورده وكل عمل غير الإجابة فهذا كله أمارة الوجوب وقال مالك والشافعي وأحمد وجمهور الفقهاء الأمر في هذا الباب على الاستحباب دون الوجوب وهو اختيار الطحاوي أيضا وقال النووي تستحب إجابة المؤذن بالقول مثل قوله لكل منسمعه من متطهر ومحدث وجنب وحائض وغيرهم ممن لا مانع له من الإجابة." [١]

"بعدما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وأخرجه البيهقي أيضا وقال وفي سنده ابن لهيعة وأخوه عيسى وهما ضعيفان قلت ما لابن لهيعة وقد قال ابن وهب كان ابن لهيعة صادقا وقال في موضع آخر وحدثني الصادق البار والله ابن لهيعة وقال أبو داود سمعت أحمد بن حنبل يقول ما كان محدث مصر إلا ابن لهيعة وعنه من مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه وإتقانه ولهذا حدث عنه أحمد في (مسنده) بحديث كثير وأما أخوه عيسى فإن ابن حبان ذكره في (الثقات) وقال الطحاوي هذا شريح وهو قاضي عمر وعثمان وعلي الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم قد روى عنه هذا ووافق أبا حنيفة في هذا عطاء بن السائب وأبو بكر بن محمد وزفر بن الهذيل فإن قلت ما تقول في وقف رسول الله وفي أوقاف الصحابة بعد موت رسول الله قلت أما وقف رسول الله فإنما جاز لأن المانع وقوعه حبسا عن فرائض الله ووقفه عليه الصلاة والسلام لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة وأما أوقاف الصحابة بعد موته فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة هذا هو الظاهر فإن قلت قال البيهقي ولو صح هذا الخبر لكان منسوخا قلت النسخ لا يثبت إلا بدليل ولم يبين دليله في ذلك فمجرد الدعوى غير صحيح والجواب عن حديث الباب أن قوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا يستلزم إخراجها عن ملكه ولكنها تكون جارية على ما أجراها عليه من ذلك ما تركها ويكون له فسخ ذلك متى شاء ويؤيد هذا ما رواه الطحاوي وقال حدثنا يونس قال أخبرنا ابن وهب أن مالكا أخبره عن زياد بن سعد عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال إني لولا ذكرت صدقتي لرسول الله أو نحو هذا لرددتها فلما قال عمر هذا دل أن نفس الإيقاف للأرض لم يكن يمنعه من الرجوع فيها وإنما منعه من الرجوع فيها أن رسول الله أمره فيها بشيء وفارقه على الوفاء به فكره أن يرجع عن ذلك كما كره عبد الله بن عمرو أن يرجع بعد موت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الصوم الذي كان فارقه عليه أنه يفعله وقد كان له أن لا يصوم فإن قلت قال ابن حزم هذا الخبر منكر وبلية من البلايا وكذب بلا شك

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ١١٢/٨

قلت قوله هذا بلية وكذب وتهافت عظيم وكيف يقول هذا القول السخيف والحال أن رجاله علماء ثقات فيونس من رجال مسلم والبقية من رجال (الصحيح) على ما لا يخفى والله أعلم بحقيقة الحال." (١)

"قوله رجل فاعل أتاني ولم يدر اسمه قوله ما أرد عليه جملة في محل نصب على أنها مفعول قوله ما دريت قوله أرأيت أي أخبرني قوله مؤديا بضم الميم وسكون الهمزة وكسر الدال يعني ذا أداة للحرب كاملة ولا يجوز حذف الهمزة منه حتى لا يتوهم أنه من أودى إذا هلك وقال الكرماني معناه قويا متمكنا وكذا فسره الداودي والأول أظهر قوله نشيطا بفتح النون وكسر الشين المعجمة من النشاط وهو الأمر الذي تنشط له وتخف إليه وتؤثر فعله قوله لا نحصيها قد مر تفسيره قوله يخرج قال بعضهم كذا في الرواية بالنون قلت **مجرد الدعوى** أن الرواية بالنون لا يسمع بل يحتاج ذلك إلى البرهان بل الظاهر أنه بالياء آخر الحروف والضمير الذي فيه يعود إلى قوله رجل وأيضا فإن في رواية النون قلقا في التركيب على ما لا يخفى فإن قلت إذا كان يخرج الياء كان مقتضى الكلام أن يقول مع أمرائه بلفظ الغائب ليوافق رجلا قلت هذا من باب الالتفات وهو نوع من أنواع البديع وقال الكرماني معنى رجلا أن أحدنا يخرج مع أمرائنا والذي قلت هو الأوجه فلا حاجة إلى هذا التعسف قوله فيعزم علينا أي الأمير يشدد علينا في أشياء لا نطيقها وقال الكرماني فيعزم إن كان بلفظ المجهول فهو ظاهر يعني لا يحتاج إلى تقدير الفاعل ظاهرا هذا إن كان جاءت به رواية قوله حتى نفعله غاية لقوله لا يعزم أو للعزم الذي يتعلق به المستثنى وهو مرة وحاصل السؤال أن قوله أرأيت بمعنى أخبرني كما ذكرنا وفيه نوعان من التصرف إطلاق الرؤية وإرادة الإخبار وإطلاق الاستفهام وإرادة الأمر فكأنه قال أخبرني عن حكم هذا الرجل يجب عليه مطاوعة الأمير أم لا فجوابه وجوب المطاوعة ويعلم ذلك من الاستثناء إذ لولا صحته لما أوجبه الرسول عليهم ويحتمل عزمه تلك المرة على ضرورة كانت باعثة له عليه قوله وإذا شك في نفسه شيء هو من باب القلب وأصله شك نفسه في شيء أو شك بمعنى لصق وقوله شيء أي مما تردد فيه أنه جائز أو غير جائز قوله فشفاه منه أي أزال." (٢)

"""""""" صفحة رقم ٥٦ """""""يمينا ؟ قال : نعم ، وليس كل ما رأى المرء يحب أن يجعله سنة فيذهب به إلى الأمصار ، فتضعف يمين المدعى عليه فى هذه المسألة حين رأى ألا يجعل قوله سنة . وذهب أهل المقالة الأولى إلى وجوب اليمين على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** فى كل دعوى ، ولم ير

---

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٣٦/٢١

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٤٨٥/٢١

مالك على المدعى عليه يمينا ، حتى يقيم المدعى شاهدا واحدا فى دعوى النكاح والطلاق ، والعتق والفرية . والعتاقة عند مالك حد من الحدود ؛ لأنه إذا أعتق العبد ثبتت حرمته وجازت شهادته ووقعت الحدود له وعليه بخلاف ما كانت قبل ذلك ورأى فى الأموال خاصة اليمين على المدعى عليه دون شاهد يقيمه المدعى ؛ لأن إيجاب البينة على المدعى واليمين على من أنكر إنما ورد فى خصام فى أرض بين الأشعث وبين رجل آخر ، ففيه قال (صلى الله عليه وسلم) : (شاهداك أو يمينه) . فرأى مالك حمل الحديث على ما ورد عليه فى الأموال خاصة ، ورأى فى دعوى النكاح والطلاق والعتق والفرية إذا أقام المدعى شاهدا واحدا أن يحلف المدعى عليه فيتبرأ بذلك من الدعوى التى قويت شبهتها بالشاهد ، ولو جاز فيها دخول الأيمان دون شاهد يقيمه المدعى لأدى ذلك إلى إضاعة الحدود واستباحة الفروج ورفع الملك . ولا يشاء أحد أن يدعى نكاح امرأة فتنكر فيحلفها أو يبتذلها بذلك ، فإن لم تحلف أخذها زوجها واستباح فرجها الذى هو أعلى رتبة من المال ؛ لأن المال يقبل فيه شاهد وامرأتان ولا يقبل ذلك فى." [(١)]

"والمعنى أني أرضى بما تقول في ، وتحكم علي ، فإنك عالم عامل ، وحكم عادل عبد الله : فإني سأقضي بيني وبينك بقضاء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا اختلف البيعان) بتشديد التحتية المكسورة ، أي المتبايعان ، وهما البائع والمشتري (في شئ) عن مقدار الثمن ونحوه ، ولم يكن بينهما بينة يشهد لأحدهما له ، أو عليه ، فإنه لو اختلفا في قدر الثمن ، حكم لمن برهن ، وذلك لأن في الجانب الآخر ، ليس إلا **مجرد الدعوى** ، والبينة أقوى ، وأما إذا لم يبرهن (فالقول ما قال البائع) فإما أن يرضى المشتري به (أو يترادان البيع) أي يفسخانه ، وأما إذا برهنا ، فلمثبت الزيادة وهو البائع ، لأن البينة شرعت للإثبات ، ولا تعارض في الزيادة.وفي المبسوط : وإن عجزا عن إقامة البينة ، رضي كل بالزيادة ، (وإلا تحالفا) أي حلف كل واحد منهما على الدعوى الآخر ، إذا استحلف القاضي ، والقياس : أن يكون الـحلف على منكر الزيادة ، لأنهما اتفقا على أصل البيع ، وادعى البائع زيادة في الثمن ، والمشتري منكر ، فالقول قول المنكر مع يمينه ، لكنا تركنا القياس بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : " إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها ، تحالفا وترادا " انتهى ، وصفة اليمين : أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري ، ما اشتراه بألفين ، لكن لا يحلف المنكر بعد هلاك المبيع.(وفي رواية

---

(١) شرح صحيح البخارى . لابن بطال، ٥٦/٨

عن القاسم ، عن أبيه) عن أبيه (عن جده) أي عبد الرحمن (عن جده) أي عبد الله (قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " وإذا اختلف البيعان والسلعة ") بكسر أوله ، وهي." [١]

"(الرابعة والعشرون) فيه النهي عن بيع الحاضر للبادي وهو محمول على التحريم عند مالك والشافعي وأحمد والأكثرين ، وحمله بعضهم على كراهة التنزيه وذهبت طائفة إلى جوازه لحديث ﴿ الدين النصيحة ﴾ وقالوا حديث النهي عن بيع الحاضر للبادي منسوخ وحكي ذلك عن عطاء ومجاهد وأبي حنيفة ورده الجمهور بأن النهي الذي هنا خاص فيقدم على عموم الأمر بالنصيحة ويكون هذا كالمستثنى منها قال النووي والصحيح الأول ولا يقبل النسخ ولا كراهة تنزيه **بمجرد الدعوى** قال القفال من الشافعية والإثم على البلدي دون البدوي .(الخامسة والعشرون) فسر أصحابنا بيع الحاضر للبادي بأن يقدم إلى البلد بلدي أو قروي بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت ليرجع إلى وطنه فيأتيه بلدي فيقول ضع متاعك عندي لأبيعه على التدريج بأغلى من هذا السعر فلم يعتدوا الحكم بالبادي وجعلوه منوطا بمن ليس من أهل البلد سواء كان باديا أو حاضرا ؛ لأن المعنى في إضرار أهل البلد يتناول الصورتين وذكر البادي مثال لا قيد ، وجعله مالك قيدا فحكى ابن عبد البر أنه قيل له : من أهل البادية ؟ قال أهل العمود قيل له القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها في نواحي المدينة يقدم بعضهم بالسلع فيبيعها لهم أهل المدينة قال نعم إنما معنى الحديث أهل العمود .وحكى ابن عبد البر أيضا عن مالك أنه قال تفسير ذلك أهل البادية ، وأهل القرى فأما أهل المدائن من أهل الريف فإنه ليس بالبيع لهم بأس ممن يرى أنه يعرف السوم إلا." [٢]

" واعترض أصحاب الشافعي على المالكية فقالوا إنما كانت تحصل الدلالة لكم لو كانت الآية واللاتي أرضعنكم أمهاتكم واعترض أصحاب مالك على الشافعية بأن حديث عائشة هذا لا يحتج به عندكم وعند محققي الأصوليين لأن القرآن لا يثبت بخبر الواحد وإذا لم يثبت قرآنا لم يثبت بخبر الواحد عن النبي صلى الله عليه و سلم لأن خبر الواحد اذا توجه إليه قادح يوقف عن العمل به وهذا اذا لم يجيء إلا بآحاد مع أن العادة مجيئة متواترا توجب ريبة والله أعلم واعترضت الشافعية على المالكية بحديث المصة والمصتان وأجابوا عنه بأجوبة باطلة لا ينبغي ذكرها لكن ننبه عليها خوفا من الاغترار بها منها أن بعضهم ادعى أنها منسوخة وهذا باطل لا يثبت **بمجرد الدعوى** ومنها أن بعضهم زعم أنه موقوف على عائشة وهذا خطأ

---

(١) شرح مسند أبي حنيفة، ص/٤٣٦

(٢) طرح التثريب، ٦/٢٥٨

فاحش بل قد ذكره مسلم وغيره من طرق صحاح مرفوعا من رواية عائشة ومن رواية أم الفضل ومنها أن بعضهم زعم أنه مضطرب ,وهذا غلط ظاهر وجسارة على رد السنن بمجرد الهوى وتوهين صحيحها لنصرة المذاهب وقد جاء في اشتراط العدد أحاديث كثيرة مشهورة والصواب اشتراطه قال القاضي عياض وقد شذ بعض الناس فقال لا يثبت الرضاع إلا بعشر رضعات وهذا باطل مردود والله اعلم قوله (امرأتي الحدثى) هو بضم الحاء وإسكان الدال أي الجديدة قوله (حدثنا حبان حدثنا همام) هو حبان بن هلال وهو بفتح الحاء وبالباء الموحدة وذكر مسلم سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة وإرضاعها سالما وهو رجل واختلف العلماء في هذه المسألة فقالت عائشة وداود تثبت حرمة الرضاع برضاع البالغ كما تثبت برضاع الطفل لهذا الحديث وقال سائر العلماء من الصحابة والتابعين وعلماء الأمصار إلى الآن لا يثبت الا بإرضاع من له دون سنتين إلا أبا حنيفة فقال سنتين ونصف وقال زفر ثلاث سنين وعن مالك رواية سنتين وأيام واحتج الجمهور بقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وبالحديث الذي ذكره مسلم بعد هذا إنما الرضاعة من المجاعة وبأحاديث ." (١)

" بيع الحاضر للبادى منسوخ وقال بعضهم إنه على كراهة التنزيه **بمجرد الدعوى**

(باب حكم بيع المصراة قد سبق بيان التصرية وبيان معنى قوله صلى الله عليه و سلم لا تصروا الابل والغنم فى باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه [١٥٢٤] قوله صلى الله عليه و سلم (من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها فإن رضى حلابها أمسكها والا ردها ومعها صاع تمر) وفى رواية من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ان) ." (٢)

" والأوزاعي وأحمد واسحاق وأبي ثور وداود وهو قول الشافعي في القديم وروى عن بن الزبير وعمر بن عبد العزيز قال أبو الزناد قلنا بها وأصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم متوافرون أني لأرى أنهم ألف رجل فما اختلف منهم اثنان وقال الكوفيون والشافعي رضي الله عنه في أصح قولية لا يجب بها القصاص وإنما تجب الدية وهو مروي عن الحسن البصري والشعبي والنخعي وعثمان الليثي والحسن بن صالح وروى أيضا عن أبي بكر وعمر وبن عباس ومعاوية رضي الله عنهم واختلفوا فيمن يحلف في القسامة فقال مالك والشافعي والجمهور يحلف الورثة ويجب الحق بحلفهم خمسين يمينا واحتجوا بهذا الحديث

---

(١) شرح النووي على مسلم، ٣٠/١٠

(٢) شرح النووي على مسلم، ١٦٥/١٠

الصحيح وفيه التصريح بالإبتداء بيمين المدعي وهو ثابت من طرق كثيرة صحاح لا تندفع قال مالك الذي أجمعت عليه الأئمة قديما وحديثا أن المدعين يبدؤن في القسامة ولأن جنبة المدعي صارت قوية باللوث قال القاضي وضعف هؤلاء رواية من روى الإبتداء بيمين المدعى عليهم قال أهل الحديث هذه الرواية وهم من الراوين لأنه أسقط الإبتداء بيمين المدعي ولم يذكر رد اليمين ولأن من روى الإبتداء بالمدعين معه زيادة ورواياتها صحاح من طرق كثيرة مشهورة فوجب العمل بها ولا تعارضها رواية من نسى وقال كل من لم يوجب القصاص واقتصر على الدية يبدأ بيمين المدعي عليهم إلا الشافعي وأحمد فقالا بقول الجمهور أنه يبدأ بيمين المدعي فإن نكل ردت على المدعي عليه وأجمع العلماء على أنه لا يجب قصاص ولا دية **بمجرد الدعوى** حتى تقترن بها شبهة يغلب الظن بها واختلفوا في هذه الشبهة المعتبرة الموجبة للقسامة ولها سبع صور الأولى أن يقول المقتول في حياته دمي عند فلان وهو قتلني أو ضربني وإن لم يكن به أثر أو فعل بي هذا من إنفاذ مقاتلي أو جرحني ويذكر العمد فهذا موجب للقسامة عند مالك والليث وادعى مالك رضي الله عنه أنه مما أجمع عليه الأئمة قديما وحديثا قال القاضي ولم يقل بهذا من فقهاء الأمصار غيرهما ولا روى عن غيرهما وخالف في ذلك العلماء كافة فلم ير أحد غيرهما في هذا أقسامه واشترط بعض المالكية وجود الأثر والجرح في كونه قسامة واحتج ." (١)

" أي حدديها وهذا موافق للحديث السابق في الأمر باحسان القتلة والذبح واحداد الشفرة قوله (وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه ثم قال بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد ثم ضحى به) هذا الكلام فيه تقديم وتأخير وتقديره فأضجعه وأخذ فى ذبحه قائلا باسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد وامته مضحيا به ولفظه ثمهنا متأولة على ماذكرته بلا شك وفيه استحباب إضجاع الغنم فى الذبح وأنها لاتذبح قائمة ولاباركة بل مضجعة لأنه أرفق بها وبهذا جاءت الأحاديث واجمع المسلمون عليه واتفق العلماء وعمل المسلمين على أن اضجاعها يكون على جانبها الأيسر لأنه أسهل على الذابح فى أخذ السكين باليمين وامساك رأسها باليسار قوله صلى الله عليه و سلم (اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد) فيه دليل لاستحباب قول المضحى حال الذبح مع التسمية والتكبير اللهم تقبل منى قال أصحابنا ويستحب معه اللهم منك وإليك تقبل منى فهذا مستحب عندنا وعند الحسن وجماعة وكرهه أبو حنيفة وكره مالك اللهم منك وإليك وقال هي بدعةواستدل بهذا من جوز تضحية الرجل عنه وعن

(١) شرح النووي على مسلم، ١١/١٤٤

أهل بيته واشتراكهم معه فى الثواب وهو مذهبنا ومذهب الجمهور وكرهه الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وزعم الطحاوى أن هذا الحديث منسوخ أومخصوص وغلطه العلماء فى ذلك فان النسخ والتخصيص لايثبتان **بمجرد الدعوى**

(باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم الاالسن والظفر وسائرالعظام)

[١٩٦٨] قوله (قلت يارسول الله إنا لاقو العدو غدا وليس معنا مدى قال أعجل أوأرن) أما أعجل فهو بكسر ." (١)

"٣٠٥٦٣ - قال مالك: أوفي الأخذ بهذا الحديث رأي ؟ !.٣٠٥٦٤ - وقال ابن القاسم: وأنا آخذ به ؛ لأن مالكا قال لي: أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم.٣٠٥٦٥ - قال: وأهل مصر عيشهم الحنطة.٣٠٥٦٦ - قال أبو عمر: رد أبو حنيفة وأصحابه هذا الحديث، وادعوا أنه منسوخ، وأنه كان قبل تحريم الربا، وأتوا بأشياء لا يصح لها معنى غير **مجرد الدعوى**.٣٠٥٦٧ - وقد روى أشهب، عن مالك نحو ذلك.٣٠٥٦٨ - ذكر القعنبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " من ابتاع مصراة، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، وصاعا من تمر ".٣٠٥٦٩ - وقال: سمعت ذلك، وليس بالثابت، ولا الموطإ عليه، وإن لم يكن ذلك أنه له اللبن بما أعلف، وضمن، قيل له: نراك تضعف الحديث، قال: كل شيء يوضع موضعه، وليس بالموطأ، ولا الثابت، وقد سمعته.٣٠٥٧٠ - قال أبو عمر: هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك، وما رواها عنه إلا ثقة، ولكنه عند اختلاف من رواية الحديث عند أهل العلم بالحديث صحيح ثابت.." (٢)

"٣١٨٣٦ - وقال الشافعي: وكل ما كان من الأموال المتنقلة من ملك مالك قضى فيه باليمين مع الشاهد عندهم في طلاق، ولا عتق، ولا فيما عدا الأموال على ما وصفنا.٣١٨٣٧ - وأما من لا يقول باليمين مع الشاهد، فهو أحرى بذلك، ولكن الشافعي، ومن قال بقوله موجبون اليمين وردها في كل دعوى مال وغير مال طلاقا كان أو عتقا، أو نكاحا، أو دما إلا أن يكون مع مدعي الدم دلالة كدلالة الجاريتين على يهود خيبر، فيدعي حينئذ المدعون بالأيمان، وتكون قسامة، وإن لم تكن دلالة حلف المدعى عليه كما يحلف فيما سوى الدم.٣١٨٣٨ - وقول أبي حنيفة في دعوى امرأة لم أقبل دعواه حتى يقول: نكحتها

---

(١) شرح النووي على مسلم، ١٢٢/١٣

(٢) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ٤٦٣، ٨٧/٢١

بولي، وشاهدي عدل، ورضاها، فإن حلفت برئت، وإن نكلت حلفت وقضى لها بأنها زوجته.٣١٨٤٠ - واختلف الفقهاء في تحليف زوج المرأة المدعية للطلاق، وتحليف سيد العبد المدعي للعتق عليه سيده، هل تجب اليمين على السيد، أو الزوج **بمجرد الدعوى** من المرأة أو العبد أم لا ؟٣١٨٤١ - فقال مالك: لا يمين على الزوج، ولا على السيد حتى تقيم المرأة." (١)

"شاهدا واحدا عدلا بأنه طلقها، أو يقيم العبد شاهدا عدلا بأن سيده أعتقه، فإذا كان كذلك وجبت اليمين على سيد العبد في دعوى العتق، وعلى الرجل لامرأته في دعوى الطلاق.٣١٨٤٢ - وهذا نحو قوله رحمه الله في الخلطة ؛ لأنه لم يوجب يمينا للمدعي على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** حتى تثبت الخلطة بينهما.٣١٨٤٣ - وقال أبو حنيفة، والشافعي، وجمهور العلماء: إن اليمين واجبة على زوج المرأة المدعية بالطلاق، وعلى سيد العبد المدعي للعتق **بمجرد الدعوى** ولا تجب عند الشافعي يمين مع شاهد في غير الأموال.٣١٨٤٤ - وأما الكوفيون، فلا يقولون باليمين مع الشاهد في الأموال، ولا في غيرها على ما تقدم عنهم.٣١٨٤٥ - واختلف أصحاب مالك في معنى هذه المسألة في الذي شهد عليه شاهد واحد لزوجته أنه طلقها أو لعبد أنه أعتقه، فأبى من اليمين.٣١٨٤٦ - فقال ابن القاسم عن مالك: يحبس حتى يحلف.٣١٨٤٧ - قال: وقد كان مالك يقول: يعتق عليه العبد، وتطلق عليه الزوجة إذا أبى ونكل عن اليمين ثم رجع إلى ما قلت لك.٣١٨٤٨ - وقال ابن القاسم: ويقول الآخر أقول.٣١٨٤٩ - وقال أشهب: إذا أبى من اليمين طلق عليه، وأعتق عليه.." (٢)

"٣١٨٦٣ - قال أبو عمر: قد مضى القول في رد اليمين، واختلف الفقهاء في اليمين على المدعى عليه، هل تجب **بمجرد الدعوى** دون خلطة أو ملابسة تكون بين المتداعيين أم لا؟٣١٨٦٤ - فالذي ذهب إليه مالك وأصحابه ما ذكره عمر بن عبد العزيز في الموطأ أن اليمين لا تجب إلا بالخلطة.٣١٨٦٥ - وهو قول جماعة من علماء المدينة.٣١٨٦٦ - ذكر إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثني سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن إياس بن معاوية، عن القاسم بن محمد، قال: إذا ادعى الرجل الفاجر على الرجل الصالح شيئا، يعلم الناس أنه فيه كاذب، ولا يعلم أنه كان بينهما أخذ ولا إعطاء لم يستحلف.٣١٨٦٧ - قال: وحدثنا ابن أبي أويس، عن أبي الزناد قال: كان عمر بن عبد العزيز يقول: إنا

---

(١) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ٤٦٣، ٦٣/٢٢

(٢) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ٤٦٣، ٦٤/٢٢

– والله – لا نعطي اليمين كل من طلبها، ولا نوجبها إلا بشبيه بما يوجب به المال.٣١٨٦٨ – قال أبو الزناد: يريد بذلك المخالطة، واللطخ، والشبه.٩٦٨١٣ – قال: وذلك الأمر عندنا.٣١٨٧٠ – قال أبو عمر: المعمول به عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل." [١]

"""""""" صفحة رقم ٩٥ """""""احترازا مما فيها نص كأجل المعترض سنة . وكذا المجنون والمجذوم وأجل المفقود أربع سنين ونصفها للعبد وأجل الحر المسلم في الإيلاء لا الكفار ، وإن تحاكموا إلينا فلا مانع من دخول الاجتهاد فيه قاله (ت) وتأمله فإنهم إذا تحاكموا إلينا فإنما يحكم بينهم بحكم الإسلام وأي اجتهاد يدخله حينئذ ، وإن لم يتحاكموا إلينا فلا نتعرض لهم على مذهبنا ومما لا يدخله أجل التعمير ونحو ذلك (موكولة) خبر (خ) : ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد (حيث) يتعلق بموكولة (لها استعمال) مبتدأ وخبر والجملة في محل جر بإضافة حيث أي الآجال التي لا نص فيها حيث تستعمل موكولة في قدرها وجمعها وتفريقها إلى نظر الحاكم ففي كلامه حذف الصفة كما ترى بدليل ما يأتي في الإيلاء والمفقود وعيوب الزوجين وحذفها قليل ، ومنه قوله تعالى : إنه ليس من أهلك ﴾ (هود : ٤٦) أي الناجين الآن جِئت بالحق ﴾ (البقرة : ٧١) أي البين والأصل فيما ذكره الناظم قول الفاروق رضي الله عنه في رسالته المتقدمة واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهي الخ . وصفته في الإثبات أجل قاضي حضرة كذا وهو أعزه الله فلان بن فلان في إثبات ما ادعاه في المقال أعلاه أو حوله أجلا مبلغه كذا من غد تاريخه بعد أن أخذ من خصمه فلان حميلا بوجهه شهد على إشهاد من ذكر دامت كرامته بما فيه عنه ، وعلى المؤجل بالتزامه حكم الأجل واعترافه بأن بينته في البلد أو على قرب منه ، وعلى الحميل بالحمالة على عين المتحمل عنه ورضاه من أشهدوه به وعرفهم بحال صحة وطوع وجواز ، وفي كذا فإن أثبت المدعي ذلك وأعذر للمطلوب قلت أجل قاضي كذا وهو أعزه الله فلان بن فلان في حل الرسم أعلاه أو حوله بعد أخذه نسخته ومعرفته بمن ثبت به الحق وقبوله أجلا مبلغه كذا من غد تاريخه ، ثم تكمل العقد وتقيد اعترافه بأخذ النسخة ومعرفته بمن ثبت والتزامه الأجل كما مر ، فقولنا بعد أن أخذ حميلا الخ . هذا على ما به العمل من أن الحميل بالوجه يجب **بمجرد الدعوى** فإن لم يجده فيسجن المطلوب بعد أن يحلف الطالب على صحة ما يدعي ووجود بينته كما يأتي في قول الناظم :وضامن الوجه على من أنكرادعوى امرىء خشية أن لا يحضراوقولنا : شهد على إشهاد من ذكر الخ ، احترازا مما إذا لم ينصوا على إشهاده

(١) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار ٤٦٣، ٧٢/٢٢

بذلك فإن هذا التأجيل لا يبنى عليه من بعده إذا عزل هو أو مات ، لأن التأجيل حكم من أحكامه فلا يثبت إلا." (١)

"""""""" صفحة رقم ١٤٦ """"""من ذلك **بمجرد الدعوى** على ما يأتي وأحرى على القول بوجوبها في الجميع مع التجرد وبه العمل وتكون لوثا في الدماء على أحد قولي مالك الآتي في قول الناظم : ومالك فيما رواه أشهب . البيت . وإذا كان هذا في المجهول فمن ظهر عليه وسم الخير أحرى ، وكذا من ظهر عليه وسم الشر إذ المدار على كونه ممن ترجى تزكيته فيعمم في النظر كما قررنا والله أعلم .وقد علم أن كل ما عدا المعلن بالفسق من هذه الأقسام تقبل تزكيته وأن شهادته قبلها شبهة لأن كل من يرجى ثبوت الحق به إذا زكى فهو شبهة كما هو ظاهر كلامهم في فصل التوقيف خلافا لما في المتيطية من أن شهادة من ظهر عليه وسم الشر لا تكون شبهة إذ لا يخفى أنها أقوى ممن شهدت بالنشدان ونحوه ، وعلم منه أيضا أن الأصل في الناس الجرحة ولو كان ممن تتوهم فيه العدالة كرواة العلم فلا بد من تزكيته وهو كذلك كما لابن ناجي في شرح المدونة قال : واختار ابن عبد البر وهو قول جماعة من العلماء قبول رواة العلم حتى تظهر جرحتهم لقوله عليه الصلاة والسلام : (يحمل هذا الدين من كل خلف عدو له) اه . فالمراد برواته من تضلعوا فيه واطلعوا على سرائره بدليل الحديث المذكور لا كل من يتعلمه .ومطلقا معروف عين عدلاوالعكس حاضرا وإن غاب فلا(ومطلقا معروف عين) مبتدأ خبره (عدلا) بالبناء للمفعول ومطلقا حال من نائبه أي الشاهد المعروف بالعين والاسم والنسب عند القاضي أو عند الناس وإن لم يعرفه القاضي تقبل تزكيته مطلقا سواء حضر مجلس القاضي وأديت التزكية على عينه أم لا . لأن من كان معروفا عند الناس مشهورا تمكن القاضي بمعرفته من مطلق الناس (والعكس) مبتدأ والخبر محذوف لدلالة ما تقدم عليه أي والعكس وهو ما إذا كان الشاهد غير معروف عند القاضي ولا مشهورا عند الناس يعدل حال كونه (حاضرا) مجلس القاضي ، وظاهره وإن لم يعرف المزكي بالكسر اسمه ولا نسبه ولا كنيته لأنه إنما يشهد على عينه وتسجل وثيقة التعديل على حليته وصفته وهو كذلك كما مر عند قوله : وغير ذي التبريز الخ . ولا يلزم من المخالطة في الحضر والسفر مع طول العشرة الخ . اللتين يعتمد عليهما المزكى أن يكون عارفا باسمه ، ونسبه إذ قد يخالطه وتطول العشرة وينسى اسمه ولا يعرف اسمه بالكلية ، ومن اشتهر بكنيته حتى صارت علما عليه هو كمعروف الاسم فليس هو من محل الخلاف ، (وإن غاب) غير معروف العين

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٩٥

(فلا) يعدل وظاهره ولو بعدت غيبته ، والذي لابن عرفة عن عبد الحق أن محل هذا إن غاب عن المجلس وهو في البلد أو قريب منه وإلا جازت تزكيته كما يقضى عليه ونحوه في التبصرة عن المازري ، فيقيد كلام الناظم بالقريب أو الحاضر في البلد :." [١]

"""""""" صفحة رقم ١٩٠ """""""يغني (واحتياز رهن) معطوف على ما يليه .واليد مع مجرد الدعوىأو أنتكافأت بينتان فاستبن(واليد) بالرفع معطوف على إرخاء (مع مجرد الدعوى) في محل نصب على الحال من اليد (أو أن) بفتح الهمزة ونقل حركتها للواو (تكافأت بينتان) الجملة في تأويل مصدر معطوف على مجرد أي اليد مع مجرد الدعوى أو تكافيء البينتين ، وفي بعض النسخ وإن بكسر الهمزة والواو التي بمعنى أو فهي شرط معطوف على مع مدخول اليد ، وفعله الجملة من الفعل والفاعل من تكافأت بينتان والجواب محذوف لدلالة ما تقدم عليه ، إذ المعنى وإن تكافأت البينتان فاليد تغني . (فاستبن) تتميم .والمدععليه يأبىالقسماوفي سوى ذلك خلف علما(والمدعى عليه) معطوف على إرخاء (يأبى القسما) حال من المعطوف المذكور ، فهذه أمثلة خمسة للشاهد العرفي وهو بيان لقوله فيما مر :والمدعى عليه من قد عضدامقاله عرف أو أصل شهداوكأنه عقد في هذه الأبيات قول المتيطي ما نصه : وأما الشهادة التي توجب المشهود به مع اليمين فإنها أقسام أحدها : شاهد عدل أو امرأتان في الأموال ، ثم قال : والثالث ما يقوم مقام الشاهد من الرهن وإرخاء الستر ونكول المدعى عليه ومعرفة العفاص والوكاء واليد مع مجرد الدعوى أو مع تكافيء البينتين وما أشبه ذلك اه . فأسقط منه المصنف معرفة العفاص والوكاء لترجيح عدم اليمين فيهما وأدخلهما مع غيرهما في قوله : (وفي سوى ذلك) يتعلق بعلما (خلف).[٢] "

"""""""" صفحة رقم ١٩١ """""""مبتدأ (علما) خبره فأشار (خ) لأولها بقوله : وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي الخ . والمراد بإرخاء الستر مجرد الخلوة وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب ، ولذا كانت المغصوبة تحمل ببينة مصدقة كالزوجة في دعوى الوطء ولكل منهما الصداق كاملا . ويكفي في ثبوت خلوة الاهتداء والغصب شاهد أو امرأتان مع اليمين لأنها دعوى تؤول إلى المال ، وأما باعتبار العدة والاستبراء وقد أنكرت الخلوة والوطء فلا بد من عدلين وباعتبار حد الغاصب لا بد من أربعة . ولثانيها

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١٤٦/١

(٢) البهجة في شرح التحفة، ١٩٠/١

بقوله : ولراهن بيده رهنه ، وقوله : هو كالشاهد في قدر الدين لأن معنى ما في النظم أن احتياز الرهن شاهد للراهن بدفع الدين وللمرتهن بقدر دينه ، فإذا حازه الراهن بعد أن كان بيد المرتهن فهو شاهد بالدفع ، وإن كان لا زال محوزا بيد المرتهن فهو شاهد بقدر الدين ، ولثالثها بقوله : وبيد ان لم ترجح بينة مقابله ، فقوله : إن لم ترجح قضية سالبة لا تقتضي وجود الموضوع فتصدق بما إذا لم توجد بينة في مقابلة اليد أصلا ، وإنما هناك **مجرد الدعوى** أو وجدت وتكافأت مع بينة ذي اليد فيتساقطان كما أشار له بعد بقوله : وإن تعذر الترجيح سقطتا . وبقي بيد حائزه وهو المثال الرابع في النظم ولخامسها بقوله : وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق فضمير نكل للمطلوب وضميراستحق وحقق للطالب وضمير به للنكول ، ومفهوم إن حقق أنه في دعوى الاتهام يستحق بمجرد النكول فقول الناظم : يأبى القسما أعم من أن يكون في دعوى تحقيق أو اتهام إلا أن النكول في الاتهام كشاهدين لا كشاهد فقط ، قال ابن شاس : وإذا قال المدعى عليه لا أحلف أو أنا ناكل أو قال للمدعي : احلف أنت وتمادى على الامتناع فقد تم نكوله فإذا قال بعد ذلك : أنا أحلف لم يقبل منه اه وهو معنى قول (خ) ولا يمكن منها ان نكل وقال قبله : وليس للحاكم حكمه أي حكم النكول بأن يشرح للمطلوب ما يترتب عليه ، وأنه إن نكل حلف الطالب واستحق وأنه لا يقبل منه الرجوع لليمين ، وظاهره كعبارة المدونة الوجوب وعليه فهو شرط في صحة الحكم كالإعذار . كما قال ابن رحال في شرحه : وهو الحق ولعل محل الوجوب إذا كان المطلوب يجهل حكمه ، وربما أشعر قول الناظم : يأبى القسما أن الطالب إذا امتنع من الحلف مع شاهده فنكوله شاهد للمطلوب فيحلف ويبرأ لأن الطالب بشاهده صار في معنى المدعى عليه ، ثم إن الإشارة في قول الناظم : ذلك الخ . راجعة لما مر من الأمثلة فيشمل العفاص والوكاء في اللقطة (خ) ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين ، وقال في النكاح : وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن والغمط والعقد في الحيطان ، ودعوى الشبه في البياعات كقوله في اختلاف المتبايعين وصدق مشتر ادعى الأشبه وإن اختلفا في انتهاء الأجل ، فالقول لمنكر التقضي . وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما والقول لمدعي الصحة وقوله في العيوب ،." [1]

""""""""" صفحة رقم ١٩٧ """""""مؤاخذ به ، وإن لم يبين سببه بل لو بينه بما يوجب رفعه لم يقبل منه ولو نسقا (خ) : ولزم أن نوكر في ألف من ثمن خمر الخ . وأيضا لو كان الحكم كما قال لم تصح

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١٩١/١

الشهادة بالإقرار بشيء مع أنها صحيحة ويجبره على تفسيره ، والله أعلم .فصل في التوقيفوذكر أسبابه وكيفيته ويسمى العقلة والإيقاف .ثالثة لا توجب الحق نعمتوجب توقيفا به حكم الحكم(ثالثة) مبتدأ سوغ الابتداء به الوصف أيضا وجملة (لا توجب الحق) خبره (نعم) حرف جواب في الأصل وهي هنا بمعنى لكن وليست على معناها اللغوي الذي أشار له عج بقوله :نعم لتقرير الذي قبلهاإثباتا أو نفيا كذا حرروابلى جواب النفي لكنهيصير إثباتا كذا قرروا(توجب توقيفا) مفعول (به) خبر عن قوله (حكم الحكم) والجملة صفة لتوقيف . وحاصله : أن الطالب إما أن يأتي بعدلين أو بعدل أو بمجهول مرجو تزكيته أو مجهولين كذلك ، أو بلطخ أو **بمجرد الدعوى** ، فالتوقيف في الأول ليس إلا للإعذار فيوقف ما لا خراج له من العقار بالغلق ، وما له خراج يوقف خراجه وغير العقار من العروض والثمار والحبوب بالوضع تحت يد أمين وبيع ووضع ثمنه عنده في الثمار إن كان مما يفسد ، وفي الثاني للإعذار فيه أو لإقامة ثان إن لم يرد أن يحلف معه لرجائه شاهدا آخر ، فالمنع من التفويت فقط في العقار ولا ينزع من يده لكن يوقف ما له خراج منه وفي غير العقار بالوضع تحت يد أمين وبيع ما يفسد أيضا إلا أن يقول : إن لم أجد ثانيا فلا أحلف مع هذا البتة فلا يباع حينئذ بل يترك للمطلوب ، وفي الثالث للتزكية والإعذار بعدها وحكمه على ما لابن رشد وأبي الحسن وابن الحاجب حكم الذي قبله في سائر الوجوه ، قال ابن رحال في شرحه : هو كالعدل المقبول في وجوب الإيقاف به إلا أنه لا يحلف معه ، وفي الرابع للتزكية والإعذار أيضا ، وحكمه كالذي قبله لا في بيع ما يفسد فيباع على كل حال . وفي الخامس ولا يتأتى إلا في غير العقار بالوضع عند أمين ما لم يكن مما يفسد فيخلى بينه وبين حائزه فيما يظهر لأنه كالعدل الذي لا يريد صاحبه الحلف معه . وفي السادس لا عقل أصلا إذ لا يعقل على أحد بشيء بمجرد دعوى الغير فيه على." [1]

"""""""" صفحة رقم ١٩٨ """""""المنصوص وجرى العمل بالإيقاف **بمجرد الدعوى** في غير العقار كما يأتي ، فأشار الناظم إلى الأول بقوله :وهي شهادة بقطع ارتضيوبقي الإعذار فيما تقتضي(وهي شهادة) مبتدأ وخبر (بقطع) يتعلق بشهادة (ارتضي) صفة لقطع والرابط الضمير النائب أي بقطع مرتضى لكونه بعدلين مقبولين ، وتثبت الحيازة بهما أو بغيرهما في العقار أو بموافقة الخصمين على حدوده لأن التوقيف يستدعي تعيين الموقوف ولا يتعين إلا بذلك واحترز بقطع عن شهادة السماع فإنها لا توجب توقيفا إذ لا ينزع بها من يد حائز . نعم إن ادعى معها بينة قطع قريبة فتوجبه كما يأتي وبقوله : ارتضي عن العدل أو

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/١٩٧

المجهول أو المجهولين فإن التوقيف في ذلك للتزكية والإعذار لا للإعذار فقط ، وبالمنع من التفويت فقط في العقار ، فإذا شهد عدلان باستحقاق الدار مثلا (و) قد (بقي الإعذار فيما تقتضي) شهادتهما لأن الحكم بدونه باطل ، فهذه الشهادة لم توجب حقا الآن بل توقيفا فقوله : وبقي الإعذار جملة حالية تقدر قد معها ، وفاعل تقتضي ضمير يعود على الشهادة والعائد على ما محذوف أي فيما تقتضيه .وحيث توقيف من المطلوبفلا غنى عن أجل مضروب(وحيث) ظرف مكان ضمن معنى الشرط ولذا دخلت الفاء في جوابه (توقيف) مبتدأ (من) بمعنى في متعلقة بمحذوف خبر أي حصل أو وجد في الشيء (المطلوب) والجملة في محل جر بإضافة حيث (فلا) نافية للجنس (غنى) اسمها (من) بمعنى عن (أجل) يتعلق بغنى (مضروب) صفة لأجل والخبر محذوف ، وبه يتعلق بالظرف أي لا غنى عن أجل مضروب موجود حيث توقيف حصل في الشيء المطلوب كان التوقيف للإعذار أو للتزكية أو للإتيان ببينة أو بشاهد ثان وتقدم في فصل الآجال أن الأجل في هذا يختلف باختلاف المتنازع فيه وأن ذلك الحد لا ينقص منه ولا يزاد عليه لأن مستند الزيادة والنقصان هي القرائن وهي كما قال المازري : لا يضبطها إلا المبرز في علم الحقائق فإن رخصنا في الاعتماد عليها لحاذق فيزعم الآخر أنه أحذق منه والزمان فاسد اه . قال ابن رحال عقبه وصدق رحمه الله : ولهذا ضبط الفقهاء الأمور وحدوها بتحديد حتى إذا تخطاه القاضي أنكر عليه . ألا ترى أن اللفيف عندنا حد باثني عشر . وقال بعض : لا حد في ذلك بل هو موكول لاجتهاد القاضي فما حصل به غلبة الظن في الصدق اكتفى به انظر تمامه عند قول (خ) في الشهادات : وحلف بشاهد الخ . ثم إن انقضى." (١)

"""""""" صفحة رقم ٢٠٨ """""""الرجوع بالصفة اتفاقا قاله الرجراجي ، وعليه فالفرق بين هذا وبين ما مر من أنه لا يوقف له مع بعد البينة أن الذهاب مع وضع القيمة أخف من الإيقاف من غير ذهاب لأنه إذا هلك في الذهاب أخذ المطلوب القيمة ، وفي الإيقاف لا يأخذ شيئا قال أبو الحسن والعبدوسي : وقوله ليذهب الخ . هذا في الطالب ، وكذا في المطلوب إن أراد الذهاب بهما ليثبت ملكيتها بعد أن أثبتها الطالب ، والخلاف الذي في الذهاب بالدابة المستحقة هل يتسلسل أو هو للأول المستحق من يده فقط مخصوص بمن يريد الرجوع بثمنه ، وأما من أراد إثبات ملكيتها فله الذهاب أيا كان ولا يدخله الخلاف ، قال معناه ابن رحال ، وهذه المسألة لها فروع تتعلق بها أضربنا عنها لكونها أجنبية من النظم والله أعلم .

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١٩٨/١

وقوله : إلا أن يدعي الخ هذه هي المسألة الثالثة التي تقدم أن الناظم لم يتكلم عليها لأن الإيقاف بغير ذهاب إما بالنشدان أو السماع مع دعوى حضور البينة فيهما أو دعوى حضور البينة من غير نشدان ولا سماع إلا أنه في الأولى والثانية يوقف من الخمسة إلى الجمعة ، وفي الثالثة اليوم ونحوه كما مر ، وقوله أو سماعا يثبت به الخ أي يثبت به اللطخ لا السماع المفيد للعلم فهو داخل تحت قوله : حاضرة ، وقوله وضع قيمته أي عينا ولا يكتفي منه بكفيل إلا برضا الآخر إلا أن يكون العبد قد استحق نفسه بحرية فيكتفي منه به ، ومفهوم حاضرة أنه إذا لم يدع ذلك لا إيقاف أصلا لا للذهاب ولا للإتيان ببينة وهو ظاهر قول الناظم ومدع كالعبد الخ . وحكى ابن ناجي الاتفاق على عدم الإيقاف حينئذ . ٩ قال ابن أبي زمنين : ولو جاز هذا أي الإيقاف بغير لطخ لاعترض الناس أموال الناس اه . وهذا هو القسم السادس المتقدم في التحصيل . قلت : وجرى العمل بالإيقاف **بمجرد الدعوى** وتمكينه من وضع القيمة ولو لبلد بعيد قال ناظمه :وكل مدع للاستحقاقمكن من الإثبات بالإطلاقوبحث في هذا العمل غير واحد بأن العمل لا بد أن يستند إلى قول ولا قائل بإيقاف **بمجرد الدعوى** . قلت : رأيت في اختصار الوانشريسي للبرزلي ناسبا لأوائله ما نصه : لا يفتى بغير قول ابن القاسم إلا في خمس مسائل فذكرها إلى أن قال : الرابعة توقيف المخصوم فيه قبل إثبات الطالب وهو رواية ابن عبد الحكم وابن كنانة اه . وقد علمت أن ما مر في النظم و (خ) كله في المدونة فلم يبق حمله إلا على **مجرد الدعوى** فانظر ذلك في أوائل البرزلي ، وانظره مع ما مر عن ابن ناجي من الاتفاق على أن هذا العمل إن صح مستنده ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب ، فإن كان ولا بد فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها ، فإن لم يثبت شيئا أخذه المطلوب لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ بخلاف ما إذا استند له فلا يضمن الكراء للشبهة ولم أر ذلك منصوصا لأحد ممن قال بهذا العمل ، وقد حكى كثير من الناس أنهم كانوا إذا تعذر عليهم المعاش يذهبون للفنادق فيعترضون دواب الواردين حتى يصالحوهم بقليل أو كثير ، ولا سيما إن كان رب الدابة مزعوجا يريد الخروج في الحين ، وقد شاهدنا من ذلك العجب العجاب وقد قال في الذخيرة : إذا التزم المدعى عليه إحضار المدعى فيه لتشهد البينة على عينه فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه لأنه مبطل وإلا فعلى المدعي

لأنه مبطل في ظاهر الشرع ولا تجب أجرة تعطيل المدعي به في مدة الإحضار اه . فتأمل قوله لأنه مبطل في ظاهر الشرع الخ . مع أن ما قاله من وجوب الإحضار إنما هو مع قيام اللطخ .." [1]

"""""""" صفحة رقم ٢٠٩ """"""فصلذكر فيه النوع الرابع من أنواع الشهادات .رابعة ما تلزم اليمينالا الحق لكن للمطالبينا(رابعة) أي شهادة رابعة مبتدأ (ما) موصولة واقعة على الشهادة وهي مع صلتها خبر (تلزم) بضم التاء مضارع ألزم (اليمينا) مفعول (لا الحق) معطوف عليه (لكن) حرف استدراك وابتداء لا عاطفة لتخلف شرطها الذي هو تقدم النفي أو النهي (للمطالبينا) بفتح اللام اسم مفعول يتعلق بمحذوف دل عليه ما قبله أي لكن تلزمها للمطالبين لا للطالب كما في القسم الثاني ، واللام الجارة بمعنى (على) إن فسرنا تلزم بتوجب وأما إن أبقيناه على معناه فهي زائدة لا تتعلق بشيء .شهادة العدل أو اثنتين فيطلاق أو عتاق أو قذف يفي(شهادة) خبر مبتدأ مضمر أي وهي شهادة (العدل) الواحد (أو) شهادة امرأتين (اثنتين في طلاق) يتعلق بتفي على قراءته بالتاء المثناة فوق على أنه حال من شهادة والمجرور يتعلق به أي حال كون شهادة العدل أو المرأتين كائنة في طلاق (أو عتاق أو قذف) ويجوز أن يتعلق المجرور بشهادة و (يفي) بالياء المثناة تحت صفة لقذف ، فإذا أقامت الزوجة شاهدا أو امرأتين بالطلاق أو أقام العبد شاهدا بالعتق أو أقام المقذوف شاهدا أو امرأتين بالقذف حلف المطلوب في الجميع لرد شهادة الشاهد وبرىء وفهم منه أنه لا يمين **بمجرد الدعوى** . قال مالك : ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم .وتوقف الزوجة ثم إن نكلزوج فسجن ولعام العمل(وتوقف الزوجة) قبل الحلف أي يحال بينها وبين زوجها ، وكذا العبد للإعذار في الشاهد أو لإرادة إقامة ثان فإن عجز المطلوب عن الدفع وعجز الطالب عن الإتيان بثان توجهت اليمين (ثم إن نكل) عنها (زوج) أو سيد أو قاذف (فسجن) لازم للجميع وفي قدر مدته روايات قيل أبدا حتى يحلف ، وقيل إلى أن يطول والطول بالاجتهاد وقيل عام كما قال : (ولعام العمل) فإن." [2]

"""""""" صفحة رقم ٢١٠ """"""حلفوا بعدها وإلا أطلقوا ، وإنما لم يكن النكول كشاهد لأن هذه ليست بمال ، وكان مالك يقول : تطلق بالنكول مع الشاهد ثم رجع إلى ما في النظم فقوله : فسجن مبتدأ والخبر محذوف كما ترى وثم للترتيب عطفت جملتي الشرط والجزاء على جملة توقف ، وفهم من تخصيصه

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٢٠٨

(٢) البهجة في شرح التحفة، ١/٢٠٩

الحكم بهذه الثلاث أن غيرها مما لا يثبت إلا بعدلين لا يجزى فيه ذلك ، فلا يحلف السارق لرد شهادة الشاهد بالنسبة لقطعه ولا الصبي لرد شهادة الشاهد ببلوغه بالنسبة لإقامة الحد عليه ، ولا المرتد لرد شهادة الشاهد التعديل والتسفيه ونحو ذلك ، ولا يسجن الولي بعدم حلفه لرد شهادة الشاهد بعفوه بل يسقط القصاص ، كما إذا لم يحلف مع **مجرد الدعوى** (خ) وللقاتل الاستحلاف على العفو الخ . وذلك لأن العفو تخلفت فيه قاعدة كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها . وكذا النكاح إن ادعاه أحد الزوجين على الآخر فلا يمين لرد شهادة شاهده لأنه لو أقر به لم يثبت بخلاف الطلاق وما معه ، ولأن الغالب شهرته فالعجز عن شاهدين دليل على كذب مدعيه ما لم يكونا طارئين وإلا توجهت لرد شهادة الشاهد لأن الشهرة لا تتأتى في الطارئين (خ) وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح ، فإن نكل حبس وإن طال دين .وقيل للزوجة إذ يدينتمنع نفسها ولا تزين (وقيل للزوجة إذ يدين) مبني للمفعول نائبه يعود على الزوج ، وهذا وجه تخصيصه بالذكر فيما مر ، وإلا فالسجن لا يختص به كما مر والمجرور والظرف يتعلقان بقيل (تمنع نفسها ولا تزين) أي لا تستعمل زينة النساء فهو مبني للفاعل حذفت منه إحدى التاءين لأن أصله لا تتزين والجملة من تمنع وما عطف عليها في محل رفع نائب فاعل قيل : أي يقال لها هذا اللفظ ولا مفهوم للزوجة ، بل أمة الوطء كذلك في العتق وما ذكره في الزوجة ظاهر إذا كان الطلاق بائنا (خ) ولا تمكنه إن سمعت إقراره وبانت أي والحال أنها بانت ولا تتزين إلا كرها ولتفتد منه وفي جواز قتلها له عند مجاورتها قولان .." [(١)]

"""""""""" صفحة رقم ٢٣٨ """""""""(بينهما) يتعلق بالخبر وكذا (بعد القسم) أي يقسم بينهما بعد حلفهما ويقضي للحالف على الناكل ، ومفهوم قوله : ولا يد له أنه إذا كان بيد أحدهما فقط أنه لا يقسم بل القول الذي اليد كما يدل له قوله : والقول قول ذي يد منفرد الخ . وأفهم قوله يدعيه أن كلا منهما يدعيه أو جزءا معلوما منه فإن ادعى كل منهما حظا منه لا يدري قدره قسم بينهما نصفين لأن كلا منهما مقر بالشركة والأصل فيها المناصفة ، وسواء في هذه كان بيد أحدهما أو أيديهما أو لا يد عليه ، وأطلق الناظم في القسم في هذه وبينه (خ) بقوله وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول في فريضة زادت سهامها على أصلها ففي الصورة الأولى يقسم بينهما نصفين ، وفي الثانية على الثلث والثلثين وكيفية العمل فيه أن يزاد على الكل النصف ونسبته إلى الكل حين الزيادة الثلث فلمدعي الكل الثلثان ، ولمدعي النصف

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٢١٠/١

الثلث ، وفي الثالثة المسألة من ستة لأنها أقل عدد يشمل تلك المخارج وتعول بنصفها ، وثلثها ، فالمجموع أحد عشر فلمدعي الكل ستة ولذي النصف ثلاثة ولذي الثلث اثنان وهكذا . ومن هذا الأصل رجل أخرج مطمرا من فدان آخر زعم أن أباه طمر فيه خمسة عشر قفيزا وأقام ورثة أخر بينة شهدت أن وليهم طمر في هذا الفدان لا يدرون أهي هذه المطمر أم غيرها ، ووجد في المطمر أكثر من خمسة عشر قفيزا فالحكم أن رب الأرض : إن لم يدع ذلك لنفسه واعترف أن الطعام لأحدهما ولا يدريه لكون كل منهما طمر في المكان المذكور أن تقسم الخمسة عشر قفيزا بينهما بعد يمين كل منهما أنه لا يعلم للآخر حقا في ذلك وما زاد على الخمسة عشر فهو لذي البينة ، وإن قال رب الأرض لا أدري هل طمر أحدهما أو طمرا معا كان الطعام لذي البينة بعد يمينه قاله في أقضية المعيار ، وإذا تعارضت بينتان ولم يكن مرجح وتساقطتا فالحكم كذلك إذ لم يبق إلا م**جرد الدعوى** كما قال : (وذاك) أي قسمه بينهما بعد القسم (حكم في التساوي ملتزم) صفة حكم الذي هو خبر عن ذاك والمجرور يتعلق بتلك الصفة الخ . وذلك حكم ملتزم في التساوي .في بينات أو نكول أو يدوالقول قول ذي يد منفرد(في بينات) يتعلق بالتساوي كما ترى ومعلوم أنهما لا يتساويان إلا مع انتفاء المرجح (أو) التساوي في (نكول) بأن ينكلا معا (أو) التساوي في (يد) بأن يكون تحت يدهما معا أو لا يد عليه . وأو في المحلين بمعنى الواو فإن انفرد أحدهما بوضع اليد عليه كان له وحده مع يمينه كما قال :(والقول) مبتدأ (قول ذي يد) خبر (منفرد) صفة ليد وإنما يكون القول لذي اليد المنفرد بها." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣١٣ """""""المدونة ، وصرح به في الشامل وعليه درج (خ) في الشهادات حيث قال : ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد كحساب وشبهه بكفيل بالمال كأن أراد إقامة ثان الخ . والذي صرح به في المفيد كما في ابن رحال وهو ظاهر (خ) في الضمان حيث قال : ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد الخ . وإن العمل على الضامن بالوجه مع الشاهد وهو قول سحنون ومفهوم قوله : الشاهد العدل أنه إذا شهد له بالحق شاهدان أو أقر المطلوب فإنه يجب الضامن بالمال قطعا فإن لم يقدر على الضامن وأتى برهن فيكفيه ويؤجل في أداء الدين بقدر قلة المال وكثرته باجتهاد الحاكم على ما به العمل كما لابن رشد ، ودرج عليه ناظم عمل فاس حيث قال :ومن بدين قد أقر يسجنإن لم يجيء برهن أو من يضمنوسيأتي للناظم : وسلعة المديان رهنا تجعل الخ . . وفي ابن سهل

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٢٣٨

عن ابن عتاب : إذا كانت له أصول مأمونة وسأل تأخيرا حتى يبيعها فإنه يلزمه حميل بالمال كان ذا أصول أو لم يكن وبه العمل قال : ويلزمه الحميل ولو كان بيد الطالب رهن حتى ينصفه وهو مذهب الشيوخ اه . وعليه عول (خ) إذ قال : وأجل لبيع عرضه إن أعطى حميلا بالمال الخ . وهذا مخالف لما قبله من أنه يكتفي منه بالرهن ، وبالجملة فالمدين يكفيه الضامن أو الرهن على ما به العمل ، فإن عجز عنهما فيسجن لأن السجن حميل من لا حميل له كما في البرزلي ، فإن انقضى الأجل ولم يؤد فإن الرهن يباع بالخيار ثلاثا . وعن سحنون فيمن وجب عليه غرم فقال : هذا ربعي لا أجد من يشتريه إنه لا حميل عليه بوجه ولا بمال . قال : فإن زعم الطالب أنه يقول للمشتري لا تشتريه فإن الحاكم يشيده ويستقصي ثم يبيع بالخيار اه . وبمثله أفتى ابن مالك وأن المطلوب إذا كان معروف العين ظاهر الملاء بين الوفر لم يلزمه حميل . كذا في ابن سهل ، وفي الطرر أن ابن مالك أفتى بحميل الوجه وعليه فالأقوال ثلاثة : حميل بالمال وهو ما لابن عتاب والأكثر وبالوجه وهو ما لابن مالك ولا حميل أصلا وهو ما لسحنون . ومفهوم الشاهد العدل أنه إذا لم يكن إلا **مجرد الدعوى** لم يجب ضامن بالمال كما قال :وضامن الوجه على ما أنكرادعوىامرىء خشية أن لا يحضرا(وضامن الوجه) مبتدأ ومضاف إليه (على من أنكرا) خبر وأنكر صلة والرابط الضمير المستتر فيه (دعوى) مفعول (امرىء) مضاف إليه (خشية) مفعول لأجله (أن) بفتح الهمزة (لا يحضرا) صلة لأن وهي وما بعدها في تأويل مصدر مضاف إليه ما قبله .من بعد تأجيل لهذا المدعيبقدر ما استحق فيما يدعي(من بعد) يتعلق بمحذوف على أنه حال من الاستقرار في الخبر (تأجيل) مضاف إليه (لهذا المدعي) يتعلق بتأجيل (بقدر) يتعلق به أيضا (ما) موصولة واقعة على الأجل (استحق) بفتح التاء." [١]

"""""""" صفحة رقم ٥٦٧ """""""بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ما صالح به أقل فيأخذ الأقل . انظر ابن عرفة وأبا الحسن وإلى خلع المريضة أشار (خ) بقوله : ولم يجز خلع المريضة وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه ؟ تأويلان .الرابع : تقدم في الرجعي أنه يرثها إن ماتت قبل انقضاء عدتها فإن اختلفوا في انقضاء العدة فقال أبو الحسن على قولها في المواضعة وإن هلكت بعد مدة فيها استبراء فهي من المبتاع الخ . يقوم من هذه المسألة أن الرجل إذا طلق امرأته ثم ماتت فقال ورثتها : ماتت بعد انقضاء العدة . وقال الزوج : بل قبل انقضائها واتفقوا على وقت الطلاق ، فإن كان مضى من

(١) البهجة في شرح التحفة، ١/٣١٣

المدة ما تنقضي في مثله العدة غالبا وذلك ثلاثة أشهر فيحمل الأمر على أنها قد انقضت ولا ميراث له إلا أن يأتي بما يدل على أن عدتها لم تنقض من قولها قبل الموت ، إذ هي مصدقة في ذلك فإن لم يأت بذلك وادعى أن الورثة علموا بذلك لزمهم اليمين ، وإن كان لم يمض ما تنقضي فيه العدة غالبا حمل الأمر على أنها لم تنقض إلا أن يأتي الورثة على قولها ببينة أن عدتها قد انقضت وإن لم يأتوا بذلك فادعوا على الزوج أنه علم بذلك لزمته اليمين ، وإن اختلف الزوج مع الورثة في وقت الطلاق فادعى الزوج مدة لا تنقضي في مثلها العدة فإن القول قول الزوج على معنى ما في سماع عيسى من طلاق السنة ، ولا خلاف في هذا قاله ابن رشد .والخلف في مطلق هزلا وضحثالثها إلا إن الهزل اتضح(والخلف) مبتدأ (في مطلق) يتعلق بوضح (هزلا) مصدر بمعنى الفاعل حال من ضمير مطلق (وضح) بالبناء للفاعل وفاعله ضمير المبتدأ ، والجملة خبر (ثالثها) مبتدأ والخبر محذوف تقديره يلزم (إلا) استثناء (أن الهزل) فاعل بفعل محذوف يفسره (اتضح) قال ابن سلمون : وإن طلق هازلا ففيه ثلاثة أقوال . الأول : أنه لا يلزمه ، والثاني : أنه يلزمه ، والثالث : إن قام دليل على أنه كان هازلا لم يلزمه وإلا لزمه اه . ومثله في عدها ثلاثة لابن شاس وابن الحاجب قال ابن عبد السلام : والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان . والثالث تقييد لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى ، والمشهور اللزوم . وعليه عول (خ) فقال : ولزم ولو هزلا الخ . أي : ولو تبين هزله وثبت وأحرى إذا لم يثبت كما في ابن رحال ، وما ذكره ابن عبد السلام من أن الثالث تقييد تعقبه ابن عرفة بأن في كلامهم ما يدل على أن طلاق الهزل لغو مطلقا إلا بقيد قيام دليله ونحوه في ضيح ، وظاهر النظم أن الخلاف المذكور جار سواء هزل بإيقاعه أو بإيقاع لفظه عليه ، والذي لابن عرفة أن هزل الإيقاع لازم اتفاقا ، وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه اه .تنبيه : النكاح والعتق مثل الطلاق في الخلاف المذكور كما في ابن الحاجب ، والمشهور اللزوم البرزلي في المدونة عن ابن المسيب : ثلاث هزلهن جد : النكاح والطلاق والعتق . وجعل في غير المدونة مكان العتق الرجعة ، فهذه أربع هزلها جد كما في ضيح . ابن الحاج : في نكاح." (1)

""""""""" صفحة رقم ٣٤٣ """""""كالكراء ، وحينئذ إذا لم يكن غالب وتنازعا قبل العمل تحالفا وتفاسخا ، فإن فاتت به فالقول لمدعي الكراء إن كان هو العامل لأن الآخر يريد أن يشاركه في الزرع بمجرد الدعوى فانظر ذلك وتأمله والله أعلم . وعن سحنون إن اختلفا بعد الطيب فقال العامل : الزرع بيننا وقد

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٥٦٧/١

تساوينا في الزريعة ، وقال رب الأرض : الزرع لي وإنما أنت أجير فإن عرفت الزريعة أنها من عند أحدهما فالقول قوله مع يمينه ، وإن لم يعلم مخرجها فالقول للعامل لأن العادة في شركة الناس أن العامل يخرج البذر أو نصفه انظر المتيطية والبرزلي .وحيث زارع ورب الأرض قدتداعيا في وصف حرث يعتمد(وحيث زراع ورب الأرض قد تداعيا) وتنازعا (في وصف حرث) أي قلب كما لو قال رب الأرض : دخلنا على أن تحرثها أي تقلبها مرتين ثم بعد ذلك تبذرها . وقال العامل : بل مرة واحدة (يعتمد) يقتصد صفة للحرث وهو تتميم .فا۔قول للعامل واليمينوقلبها إن شاء مستبين(فالقول للعامل واليمين) عليه (وقلبها) أي اليمين (إن شاء) أي أن يقلبها على رب الأرض (مستبين) واضح بين . قال في النوادر : وإن تزارعا على أن الأرض والبذر من عند أحدهما ومن الآخر البقر والحرث فطلب أن يحرثها أي يقلبها مرة ، وقال الآخر : بل مرتين ، فليحملا على سنة البلد فإن لم تكن لهم سنة وكانوا يفعلون هذا وهذا إلا أن الزرع في حرثتين أكمل ، ففي قياس قول سحنون أن ليس عليه إلا حرثة واحدة إلا أن يشترط حرثتين فيجوز وتلزمه ، ولو عقدا على أنه إن حرث حرثة فله الربع ، وإن حرث حرثتين فله النصف لم يجز والزرع لرب البذر وعليه للآخر أجر عمله وبقره اه . وهذا كله يبين لك أن كلام الناظم هنا مبني على أن المزارعة تلزم بالعقد ، وأما على مقابله من أنها إنما تلزم بالبذر فلكل فسخها قبله وللعامل أجر قلبه إن كان قلبها والله أعلم .وفي ا۔متيطية : وإن اختلف بعد القلب وقبل الزراعة فقال العامل : دخلنا على أن القلب علي وحدي وأن العمل في الزراعة بيننا . وقال رب الأرض : بل العمل كله عليك واتفقنا على التساوي في البذر فالقول قول من يدعي منهما الاعتدال والتساوي في الزراعة ، ثم قال : وإن اختلفا بعد انقضاء الزراعة فقال العامل : إن جميع ما زرعت من عندي وأن نصفها سلف مني لرب الأرض وكذبه رب الأرض وقال : بل دفعت نصيبي فالقول قول العامل بيمينه ، فإذا حلف واستوجب سلفه كان الزرع بينهما ويتراجعان الفضل لأن الشركة بينهما فاسدة ما لم يدع العامل أن السلف تطوع به بعد العقد ، وإلا فهي صحيحة ولا يتراجعان اه باختصار . وهذا على أنها تلزم بالعقد وإلا فالسلف يفسدها ولو في أثنائها .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٤٥٩ """""""أي في الشيء المودع والمعار (للسفيه) أي عليه فاللام بمعنى (على) كقوله تعالى : وإن أسأتم فلها ﴾ (الإسراء : ٧) (ولا) على . (الصغير) ، المميز وأحرى غيره (مع ضياع فيه) أي في الشيء المودع وشمل كلامه ما إذا قامت بينة على تضييعهما أو تقصيرهما أو

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٣٤٣/٢

تعمدهما للإتلاف ، **ومجرد الدعوى** من وليهما بذلك فالكل لا ضمان فيه لأن ربها سلطه عليها ولو ضمن لبطلت فائدة الحجر ، اللهم إلا أن يصون به ماله فيضمن في المال الذي صونه أي حفظه خاصة ، فإذا باع الوديعة مثلا وصرف بعض ثمنها في نفقته التي لا غنى عنها وتلف البعض الآخر أو أكل بعضها وتلف البعض الآخر فلا يضمن إلا القدر الذي صرفه في نفقته التي لا غنى له عنها دون الذي تلف أو التي له غنى عنها ويضمن في المال الذي كان بيده وقت الإنفاق فقط ، فإن تلف ما كان بيده وقتئذ أو لم يف بما أنفقه وأفاد غيره لم يضمن فيه قاله اللخمي وغيره . وحاصله أن يضمن الأقل مما بيده أو أنفقه فإذا كان المال الذي بيده يساوي عشرة الوديعة عشرون وقد أنفقها لم يضمن إلا عشرة ، وكذلك العكس وهو محمول على أنه أنفقه فيما له غنى عنه حتى يثبت أنه أنفقه فيما لا غنى عنه فيضمنه حينئذ كما قاله ابن رشد . ويأتي هذا أيضا أول باب الرشد ، ومفهوم الإيداع أن المحجور صغيرا كان أو كبيرا إذ أتلف ما لم يودع عنده ولا أمن عليه فإنه يضمنه ويتبع به في ذمته إن لم يكن له مال وقت الإتلاف قال في المدونة . ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه فذلك في مال الابن فإن لم يكن له مال ففي ذمته اه . وهو منطوق قول (خ) وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه ، ومفهومه هو ما صرح به في الوديعة حيث قال : وإن أودع صبيا أو سفيها أو أقرض أو باع فأتلف لم يضمن الخ . وهو ما للناظم هنا وسيأتي عند قول الناظم أيضا في الحجر به وكلما أتلفه المحجور فغرمه من ماله المشهور الخ .تنبيهان . الأول : إذا أودع المحجور وديعة عند رشيد فتلفت فإن الرشيد يضمنها ولو تلفت بغير سببه ولو لم يعلم الرشيد بحجره قاله الرزقاني وهو ظاهر لتعديه بقبضها ونقلها بغير إذن معتبر ، بل ذكر المواق عن البرزلي عند قول (خ) : وإن أودع صبيا الخ . أن أبا محمد بن أبي زيد أفتى بضمان رجل أعطاه صبي مالا ثم رده عليه لأنه رد لمن يجوز له أن يعطاه اه . وأما المحجور إذا أمن محجورا أو عامله فأتلف الثمن فإن الضمان على المتلف بكسر اللام قاله ابن رحال عند قوله في النكاح : ولولي صغير فسخ عقده الخ .الثاني : من أدى عن محجوره ما لزمه من متاع كسره أو أفسده أو اختلسه فإنه يرجع عليه به في ماله ويتبع به في ذمته لم يكن له مال ، وهذا إن لم يؤمن عليه فإن كان قد أمن عليه لم يتبع به في ذمته ، وإنما يرجع عليه في المال الذي بيده إن كان صون به ماله لا فيما أفاد بعد ذلك .والتجر بالمودع من أعملهيضمنه والربح كله له(والتجر بالمودع) مبتدأ (من) مبتدأ ثان (أعمله) صلته والضمير للتجر (يضمنه) أي المودع." (1)

(1) البهجة في شرح التحفة، ٢/٤٥٩

""""""""" صفحة رقم ٥٤٠ """""""يسئل الصبر له بحميل بوجهه الخ . وإنما يحبس في **مجرد الدعوى** بعد حلف المدعي أن ما ادعاه حق كما مر . عند قوله :وضامن الوجه على من انكرادعوى امرىء خشية ان لا يحضرا الخوسلعة المديان رهنا تجعلوبيعها عليه لا يعجل (وسلعة المديان) يريد رب الدين تعجيل بيعها عليه وطلب ربها أن لا تفوت عليه وتوضع رهنا ويؤجل أياما فينظر في الدين فإن ربها يجاب إلى ذلك ، و (رهنا تجعل وبيعها عليه لا يعجل) لما في التعجيل من الضرر به .وحقه مع ذاك أن يؤخرابحسب المال لما القاضي يرا (وحقه مع ذاك) أي مع جعلها رهنا (أن يؤخرا) أجلا (بحسب المال) قلة أو كثرة (لما القاضي يرى) باجتهاده . هذا الذي جرى به الحكم ومضى به العمل ، وتدل عليه الروايات عن مالك وأصحابه قاله ابن رشد . وتقدم أن هذه المسألة من تتمة القسم الثاني ، بل لو استغنى به عنها لكفاه لأنه إذا كان يؤجل من غير رضاه بجعلها رهنا فأحرى مع رضاه بذلك .تنبيه : في نوازل البرزلي ما نصه : كتب إلى شيوخ قرطبة فيمن عليه دين وله أصول مأمونة فسأل تأخيره حتى يبيع الأصول هل يعطى حميلا بالوجه على ما يفتي به أهل طليطلة ؟ فأجاب ابن عتاب : يلزمه حميل بالمال كان له أصول أو لم يكن ، وبه جرى العمل . قال : ويلزم الحميل ولو كان بيد الطالب رهن حتى ينصفه وهو مذهب الشيوخ ، وأفتى ابن مالك إن كان المطلوب معروف العين ظاهر الملاء فلا أرى الحميل بالأمر اللازم اه . وإلى الأول أشار (خ) بقوله : وأجل لبيع عرضه إن أعطى حميلا بالمال كما مر ، وإنما نقلناه لما فيه من زيادة الفائدة وهي أنه يلزمه الضامن بالمال ولو كان بيد الطالب رهن وتأمله مع قوله بعد . سئل سحنون عمن وجب عليه غرم مال ؟ فقال : هذا ربعي لم أجد من يشتريه فطلب منه الطالب حميلا بالوجه فقال : لا حميل عليه إذا بذل من نفسه ذلك ولم يتهم ، فإن زعم الطالب أنه يقول للمشتري : لا تشتري." [1]

""""""""" صفحة رقم ٥٦٩ """""""وأحرى بعد طول وقبل مضي مدة الحيازة (مكن باليمين من قيامه) أي : فيحلف أن سكوته حتى كمل البنيان وفتح الباب مثلا ما كان عن رضا بإسقاط حقه ويهدم البناء ويسد الباب حينئذ قاله في التبصرة والوثائق المجموعة وابن سلمون وغيرهم ، وفهم من قوله : ولم يقم أنه إذا قام حين رآه يبني وأراد منعه من البناء فإنه لا يمنع من بنائه وإتمام عمله حتى يثبت الضرر ويعذر للباني فيه ولم يجد فيه مطعنا فيهدم البناء عليه حينئذ ، ولو كمل كما في التبصرة ، والفرق بين هذه المسألة ومسألة الناظم أنه في هذه أراد أن يمنعه **بمجرد الدعوى** حين شروعه في البناء أو بعد أن أثبت البينة

(١) البهجة في شرح التحفة، ٥٤٠/٢

المحتاجة للتزكية والاعذار فإن الباني لا يمنع من إتمام عمله حتى يعجز عن الدفع كما مر إذ لا يحكم على أحد بالمنع من التصرف في ملكه مع قيام احتمال صحة الدعوى والبينة وعدم صحتها وبه تعلم أن ما للشيخ الرهوني من استشكال هذه المسألة غير سديد كما أن ما قاله من عدم وجوب اليمين في مسألة الناظم إن قام بالقرب غير سديد أيضا إذ هذه اليمين يمين تهمة والمعمول به توجهها في القرب والبعد كما مر في باب اليمين .فإن يبع بعد بلا نزاعفلا قيام فيه للمبتاع(فإن يبع) المحدث عليه الضرر (بعد) أي بعد حدوثه عليه وعلمه به حال كونه (بلا نزاع) فيه أي باع بعد الإحداث والعلم به وقبل النزاع فيه (فلا قيام) ولا خصام (فيه للمبتاع) اتفاقا كما في (خ) عن ابن عرفة لأنه اشترى على تلك الحالة ، وظاهره ولو لم يعلم به ، وقيل : إذا لم يعلم به المشتري فله رده على البائع لأن الضرر عيب لم يطلع عليه ، فإذا رده فللبائع حينئذ القيام به قاله في المتيطية عن حبيب بن نصر ، وينبغي حمله على التفسير لما درج عليه الناظم :وإن يكن حين الخصام باعافالمشتري يخصم ما استطاعا(وإن يكن) البائع لم يعلم بالإحداث أو علم وتكلم فيه وخاصم و (حين الخصام) أو عدم العلم (باعا فالمشتري يخصم) في ذلك الضرر (ما استطاعا) لقيامه مقام البائع حينئذ وحلوله محله إذ البائع حينئذ باع ما يملكه من الدار ورفع الضرر ، والمشتري اشترى ذلك فقام فيه مقام البائع ، وظاهره أن هذا البيع جائز وليس هو من بيع ما فيه خصومة . وقال ابن بطال معناه : إن الحاكم قضى بإزالة الضرر وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد يعني على الحكم ، وأما لو باع وقد بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع لأنه بيع ما فيه خصومة يعني : والمشهور منعه ، وقد أطال (خ) من ذكر الخلاف في هذه المسألة والمعول عليه ما للناظم والله أعلم .." [1]

"""""""" صفحة رقم ٥٧٥ """""""وألف اه . كلام الناظم بلفظه في شرحه للبيتين . وقال الرعيني في كتاب الغصب ما نصه قال مالك فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه وانتهبوا ماله وأرادوا قتله فنازعهم وحاربهم ثم ادعى أنه عرفهم أو لم يعرفهم أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها ؟ قال : هو مصدق وقد نزلت مثل هذه بالمدينة في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رجل دخل عليه السراق فانتهبوا ماله وجرحوه ، فلما أصبح حمل إلى عمر فقال : إنما فعل بي هذا فلان وفلان وقد انتهبوا مالي فأغرمهم عمر بقوله ، ونكلهم ولم يكلفه البينة عليهم اه . باللفظ . ونقله ابن فرحون ، وغيره ونحوه ورد عن يحيى بن يحيى ، وبمثله أفتى الحفار حسبما في نوازل البيوع من المعيار قائلا قال الفقهاء : من

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٥٦٩/٢

عرف بالتعدي والظلم يغلب الحكم في حقه فمن ادعى على من بهذه الحالة فيحلف الطالب ويستحق ما طلب اه . ونحوه رواه أشهب عن مالك في المرأة تدعي على المشتهر بالفسق أنه اغتصبها وتأتي متعلقة به ، فإنه يجب لها عليه صداق مثلها ، وبه صدر في المقدمات والتصدير من علامات التشهير ، ولا سيما وهو قول الإمام الأعظم ، ومعلوم تقديمه على قول ابن القاسم وسيأتي ذلك عند قوله : وفي وجوب المهر خلف معتبر ولا فرق بين الفروج والأموال ، ولأن الفرج هنا آيل للمال وعليه فناظم العمل إنما عنى بنظمه هذا الفقه ، وأن المعروف بالظلم والتعدي يقضى عليه بمجرد دعوى المدعي أنه غصبه أو سرقه ، وأنه غصبه قدر كذا . وقد اعتمد المكناسي في مجالسه هذا الفقه ، وكذا القرافي كما مر في التنبيه الثالث عند قوله : فالمدعي من قوله مجرد الخ . فقوله : لوالد القتيل يعني ادعى عليهم أنهم قتلوه ونهبوه أمتعته ، ومن جملة المنهوب دراهم قدرها كذا ، ولا يريد خصوص أنهم أقروا بالقتل أو ثبت بالبينة كما هي مسألة الصرة الآتية عن العتبية ، وفهم من قوله : إذا ادعى دراهم الخ . أنه إذا ادعى ذلك تحقيقا وأنه يعمل بدعواه في المال فقط لا في القتل ، فإن المدعى عليه لا يقتل **بمجرد الدعوى** لخطر الدماء والدعوى بما يؤول للمال كالمال لا يأتي في فصل الاغتصاب والمدعى عليه بالقتل ، وإن كان لا يقتل لكن يضرب ويطال سجنه حتى يأتي عليه السنون الكثيرة كما يأتي في الدماء ، وفهم من قوله في هذه النازلة ومثلها ، ومن وقوله : والظالم أحق أن يحمل عليه ، ومن قوله : رجحها العلماء للمصالح ، ومن قوله : وقد انحشر الناس للشكوى بالمظالم إلى غير ذلك أنه لا مفهوم لقتيل ولا لدراهم ، بل كذلك لو كانت الدعوى بالدراهم والقتل أو بالدراهم فقط أو بالحيوان أو العروض أو غير ذلك ، وإنما المدار على كون الدعوى على معروف بالتعدي والظلم كقبائل الزمان ، فإن جلهم وغالبهم معروف بالتهمة والفساد والحمل على الغالب واجب . وقد قال الشيخ (م) في بعض فتاويه : قد آل بنا الحال إلى أن يتبع المسافرين بعض مردة أهل البلد ونحوها مما قرب من البلد فيسفكون دماءهم وينهبون أموالهم ويرجعون إلى البلد بالأمتعة فلا ينتقم منهم ، ولا يستفتي عن حكمهم ، بل وإلى ما هو أعظم من هذا من القتل صبرا ونهب الأموال من الدور والحوانيت ثم يكتسب فاعل ذلك التعظيم والاحترام فضلا عن عدم النكير عليه والضرب على يده مع كلامه ، وإذا كان مثل هذا يقع في حضرة فاس كما حكاه وكما هو مشاهد الآن في وقتنا هذا ، فكيف بالبوادي وقبائل الزمان ؟ حتى صار قاتل النفس لا يضرب فضلا عن القصاص ، والسارق لا يسجن فضلا عن قطعه ، بل كل منهما يعظم

ويحترم ولا يشهد أحد عليه ، ولهذا جرى العمل بإغرامهم **بمجرد الدعوى** زجرا لهم ولأمثالهم ، وعليه فلا يحتاج." (١)

"""""""" صفحة رقم ٥٩٣ """"""ابن القاسم (تطلبه) ومقابله لأشهب عن مالك أنها تأخذه بغير يمين ، وربما يفهم من هذا أن لابن القاسم قولين : أحدهما لا شيء عليه وهي رواية عيسى عنه ، والثاني يوافق عليه مالكا ولكن يقول تأخذه بيمين .وإن يكن مجهول حال فيجبتحليفه ومع نكول ينقلب(وإن يكن مجهول حال فيجب تحليفه ومع نكول ينقلب) . وتقدم أن حقه أن يذكر هذا البيت عقب قوله : فالخلف تخريجا بدا هنالك . ثم أشار إلى مفهوم قوله : حال تشبث الخ . وهي الحالة الثانية بالنسبة للمشتهر بالفسق فقال :وحالة بعد زمان الفعلفالحد ساقط سوى مع حمل(وحالة) تدعي فيها على المشتهر بالفسق (بعد زمان الفعل فالحد ساقط) عنها للقذف وكذا للزنا (سوى مع حمل) يظهر بها فتحد حينئذ .ولا صداق ثم إن لم ينكشفمن أمره بالسجن شيء فالحلف(ولا صداق) لها في هذه الحالة ، وإنما ينظر الإمام في أمره فيسجنه ويتجسس على حاله ويفعل فيه ما ينكشف به أمره (ثم إن) فعل به ما ذكر و (لم ينكشف من أمره ب) طول (السجن شيء فالحلف) أنه ما اغتصبها واجب علي .وإن أبى من اليمين حلفتولصداق المثل منه استوجبت(وإن أبى من اليمين) أي امتنع منها (حلفت) هي (ولصداق المثل منه استوجبت) قاله ابن رشد وحاصله أنه لا صداق لها في **مجرد الدعوى** على الصالح ومجهول الحال مطلقا وكذا في الفاسد إن حلف مع عدم تعلقها به فإن تعلقت فالمعمول به أن لها الصداق ، وأما الحد فهو منتف على الرجل مطلقا ، وأما هي فتحد مع عدم التعلق في الصالح ومجهول الحال للقذف والزنا إن ظهر بها حمل أو لم يظهر في القول الأظهر (خ) : وإن ادعت استكراها على غير لائق بلا تعلق حدث الخ . وإن تعلقت فلا حد للزنا وإن ظهر بها حمل وحدت للقذف في الصالح على قول ابن القاسم لا على قول غيره ، ومحل الخلاف إن كانت صينة وإلا حدت اتفاقا ولا تحد للقذف اتفاقا مع الصون في المجهول الحال ومع عدمه قولان . ولا تحد في الدعوى على الفاسق مطلقا مع التعلق ؛ وكذا مع عدمه إن لم يظهر بها حمل والله أعلم . وانظر أواخر فصل الصداق من ابن عرفة فإنه أطال في المسألة وفيه زيادة على ما في النظم .." (٢)

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٢/٥٧٥

(٢) البهجة في شرح التحفة، ٢/٥٩٣

"""""""" صفحة رقم ٥٩٦ """""""(وإن يكن مطالبا) بفتح اللام خبر يكن واسمها (من يتهم) ويجوز كسرها على أنه خبر يكن أيضا واسمها ضمير يعود على رب المتاع ومن يتهم مفعول بالخبر المذكور (فما لك بالضرب والسجن حكم) كما مر عن القرافي وغيره عند قوله : والقول للغاصب في دعوى التلف وظاهره أنه أطلق المتهم على ما يشمل مجهول الحال لأنه جعله قسما للمعروف بالفضل ونحوه في التبصرة قائلا مجهول الحال عند الحاكم الذي لا يعرف ببر ولا فجور إذا ادعي عليه بتهمة فإنه يحبس حتى يكشف حاله . هذا حكمه عند عامة علماء الإسلام والمنصوص عند أكثر الأئمة أنه يحبسه القاضي أو الوالي وهو منصوص لمالك وأصحابه اه . وقال قبل ذلك : إن المتهم بالفجور كالسرقة وقطع الطريق والقتل والزنا لا بد أن يكشف ويستقصي بقدر تهمته بذلك وشهرته به ، وربما كان بالضرب قال : وليس تحليفه وإرساله مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ولا غيرهم ، ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقناه مع العلم باشتهاره بالفساد في الأرض وكثرة سرقاته وقلنا : لا نأخذه إلا بشاهدي عدل كان ذلك مخالفا للسياسة الشرعية ، ومن ظن أن الشرع تحليفه وإرساله فقد غلط غلطا فاحشا مخالفا لنصوص رسول الله صلوات الله عليه ولإجماع الأئمة قال : وقد تقدم أول الباب من أفعال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ما يدل على عقوبة المتهم وحبسه .واعلم أن هذا النوع من المتهمين يجوز ضربه وحبسه لما قام على ذلك من الدليل الشرعي قال : وفي أحكام ابن سهل إذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق وادعى أنه اشتراه ولا بينة له لم يؤخذ منه غير ما بيده ، فإن كان مجهول الحال فعلى السلطان حبسه والكشف عنه ، وإن كان معروفا بالسرقة حبس حتى يموت في السجن اه . ونحوه لابن يونس عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وتقدم مثله عن مالك عند قوله : والقول للغاصب ، وقوله : لم يؤخذ من‌ه غير ما بيده الخ . هذا إنما يتمشى على المشهور لا على ما مر في الغصب من أن العمل مؤاخذة المتهم بالغرامة **بمجرد الدعوى** فضلا عن كون بعض المسروق قد وجد بيده ، وأن القول للمسروق منه في قدره ، وقوله : حتى يموت الخ . بمثله كتب عمر بن عبد العزيز قائلا : يسجن حتى يموت . قال في التبصرة : يعني إذا لم يقر به .وحكموا بصحة الإقرارمن ذاعر يحبس لاختبار(وحكموا بصحة الإقرار) بالنسبة لغرم المال لا للقطع فلا يقطع (من ذاعر) بالذل المعجمة يعني مفزع ومخيف أو بالمهملة وهو الزاني الفاسق السارق (يحبس) أو يضرب (لاختبار) فالمجهول إذا أقر في السجن عمل بإقراره وغرم المال ، والمتهم المعروف بالعداء إذا أقر ولو تحت العصا." [1]

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٥٩٦/٢

"""""""" صفحة رقم ٥٩٧ """"""""كذلك لأنه لما جاز ضربه وسجنه شرعا كما مر جاز إقراره إذ لا فائدة له إلا ذاك والإكراه الشرعي طوع ولذا قال سحنون : وذلك خارج عن الإكراه ولا يعرف هذا الأمر إلا من ابتلي به يعني من القضاة ومن شابههم . قال في التبصرة : كأنه يقول إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز شرعا ، وإذا كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله كان من الحق أن يؤاخذه باعترافه اه . وقال ابن رحال : إن حبس القاضي المتهم الذي يجب حبسه أو تخويفه أو ضربه فأقر فإنه يؤاخذ بإقراره على قول سحنون ، فينبغي أن يعمل بهذا بالنسبة لغرم المال اه . وفي المتيطية : ويضرب السارق حتى يخرج الأعيان التي سرقها يعني إن كانت قائمة باقية فإن كانت مما لا يعرف بعينه أو مما يعرف بعينه ، ولكن فوتها فيكفيه إقراره بها ويؤاخذ به كما مر ، والخلاف في هذه المسألة كثير ولكن المعول عليه ما قدمناه في الغصب ، وما درج عليه الناظم ههنا . وقد تقدم من كلام التبصرة وغيرها ما يشهد له ويشهد له أيضا قول القرافي ما نصه : اعلم أن التوسعة على الحكام في أحكام السياسة ليس مخالفا للشرع بل تشهد له الأدلة المتقدمة وتشهد له أيضا القواعد من وجوه . أحدها : أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام اه . وقال أيضا : موضوع ولاية الوالي المنع من الفساد في الأرض وقمع أهل الشر ، وذلك لا يتم إلا بالعقوبة للمتهمين المعروفين بالجرائم بخلاف ولاية القضاة ، وقد تقدم عنه أن هذا مما لا يتميز به نظر القاضي والوالي ، وإذا كان الفساد قد كثر في زمن القرافي فكيف بذلك في زماننا ؟ فلا يعترض على الناظم بأنه ارتكب في هذا خلاف المشهور الذي درج عليه (خ) حيث قال وثبت إقرار إن طاع وإلا فلا . ولو عين السرقة أو أخرج القتيل الخ . لأن مقابل المشهور قد يجري به الحكم والعمل لكثرة الفساد . وقد قال ابن رحال في حاشيته هنا : ولأن (خ) يتبع مذهب المدونة وهي إنما قالت ذلك في وقت عدم كثرة الفساد كما قد رأيته عن القرافي ، ولما زاد هذا الفساد وانتشر انتشار أبلغ الغاية قام مقام التحقيق ، ولذلك جرى العمل بإغرام المتهم **بمجرد الدعوى** على ما تقدم في فصل الغصب ، وما يروى عن مالك وغيره من اختلاف الأقوال في هذه المسألة لعله إنما هو باختلاف النوازل والبلدان ، فرب بلد غلب على أهلها الفساد ، ورب بلد لم يغلب ، ورب شخص علم منه الفساد ، ورب شخص وقع ذلك منه فلتة فلم يقل بخلوده في السجن والله أعلم .ويقطع السارق باعترافأو شاهدي عدل بلا خلاف(ويقطع السارق باعتراف) بالسرقة طائعا لا إن اعترف في السجن أو تحت العصا فلا قطع ، وإنما عليه

الغرم حيث كان متهما أو مجهول الحال كما مر قريبا ، ولا بد في القطع من كونه مكلفا وكون المسروق مالا محترما نصابا لم يؤمن عليه لا شبهة له فيه مأخوذا من حرز وهو." [١]

"""""""" صفحة رقم ٦١٧ """"""وإنما أطلنا في هذه المسألة وتعرضنا لشرح نظمها لتشعبه وتشعبها على كثير من الطلبة .تنبيه : إذا لم يكن للمقتول مستحق لدمه لا من الرجال ولا من النساء فإن الإمام يقتص له وليس له العفو إلا أن يكون القاتل والمقتول كافرين ثم يسلم القاتل .وشبهة تدرؤه وملكبعض دم الذي اعتراه الهلك(وشبهة تدرؤه) أي القصاص وتوجب الدية على العاقلة كضرب الزوج لزوجته والأب لولده والمعلم للمتعلم بآلة يؤدب بمثلها ، ويحمل فعله على الخطأ لا بما لا يؤدب بمثله كلوح فهو على العمد كما مر أول الباب قال في الشامل : ومن جاز له فعل بضرب وشبهه حمل على الخطأ حتى يثبت العمد كأب وزوج ومعلم وطبيب وخاتن الخ (و) كذا يدرؤه (ملك بعض دم الذي اعتراه الهلك) وهو المقتول كأربعة أولاد قتل أحدهم أباه فالدم للثلاثة ، فإذا مات أحدهم سقط القصاص عن القاتل لإرثه من أخيه الميت بعض دم الأب فصار كعفو البعض ، وأحرى لو ملك جميع دمه كابنين قتل أحدهما أباه ثم مات غير القاتل فورثه القاتل (خ) : تشبيها في سقوط القصاص كإرثه ولو قسطا من نفسه وإرثه كالمال الخ . وما بعد المبالغة هو نص الناظم . وهذا الحكم إنما هو إذا كان الباقي يستقل بالعفو ، وأما إن كان لا يستقل كما لو كانوا رجالا ونساء والتكلم للجميع كمن قتل أخاه وترك المقتول بنتين وثلاثة أخوة أشقاء غير القاتل فمات أحدهم فقد ورث القاتل قسطا من دم نفسه فلا يسقط القتل حتى تعفو البنتان أو إحداهما .وحيث تقوى تهمة في المدعىعليه فالسجن له قد شرعا(وحيث تقوى تهمة في المدعى عليه) ولم تصل إلى حد اللوث الموجب للقسامة وأحرى لو وصل إلى حد القسامة ولم يوجد من يطلبها أو تورع الأولياء عنها (فالسجن) الطويل (له قد شرعا) حتى يكشف أمره ، وظاهره ولو كان مجهول الحال ولو بمجرد الدعوى وهو كذلك كما مر في بابي السرقة والغصب ، وقد تقدم هنا ما فيه كفاية . وفي ابن سلمون : وإن قويت عليه تهمة ولم تتحقق تحقيقا يوجب القسامة حبس الحبس الطويل . قال ابن حبيب : حتى تتحقق براءته أو تأتي عليه السنون الكثيرة . قال مالك : ولقد كان الرجل يسجن في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله يتمنون له الموت من طول سجنه اه . وتقدم أنه ربما يسجن أبدا وأنه يضرب وذلك يختلف باختلاف شهرته بذلك وعدم شهرته ، وفي أحكام ابن سهل الكبرى : ومن جاءك وعليه جراح مخوفة

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٥٩٧/٢

فاحبس المدعى عليه بالدم حتى يصح المجروح أو تتبين حالة توجب إطلاقه ، ومن جاءك معافى في بدنه من الجراح يدعي على رجل ضربا مؤلما فإن ثبت تعدي المدعى عليه فعزره وإن رأيت حبسه فذلك إليك على ما يظهر لك من شنعة ما يثبت عليه ، ومن جاء بجرح خفيف وهو ممن يظن به أنه يرتكب مثل هذا من نفسه فاسلك به سبيل المعافى من الجراح ، فإذا فعلت." [1]

"""""""" صفحة رقم ٦٤٢ """""""عدل وامرأتان أو أحدهما مع اليمين (فاعلما) (خ) : وفي الجراح حكومة بنسبة نقصان الجناية إذا برىء من قيمته عبدا فرضا من الدية الخ . ومفهوم قوله : للمال أن جراح غير المال وهي جراح العمد التي فيها القصاص لا تثبت بما يثبت به مالي الحقوق ولا بد فيها من عدلين ، وليس كذلك ، ففي المدونة : ومن أقام شاهدا عدلا على جرح عمدا وخطأ فيحلف معه يمينا واحدة ويقتص في العمد ويأخذ الفعل في الخطأ اه . وتقدم قول (خ) : ومن أقاما شاهدا على جرح حلف واحدة إلى آخر ما تقدم عند قوله : وليس في عبد ولا جنين الخ . فلو قال الناظم : ويثبت الجراح مطلقا بما الخ . لوفي بالمراد وثبوت جراح العمد بالشاهد واليمين إحدى المستحسنات الأربع التي استحسنها الإمام ولم يسمع فيها شيئا من غيره ، ثانيها : شفعة الثمار المشار لها بقول (خ) في الشفعة وكثمرة ومقائي الخ . وتقدمت للناظم في الشفعة أيضا . وثالثها : شفعة الأشجار المشار لها بقول (خ) في الشفعة أيضا وكشجر وبناء بأرض حبس أو معير الخ . ومعناه أنه إذا انقصت مدة العارية وباع أحدهما واجبه في النقص ، فلصاحبه الشفعة إن امتنع المعير من أخذه . ورابعها : أنملة الإبهام ففيها نصف دية الأصبع استحسانا المشار لها بقول (خ) في الدماء والأنملة ثلثه إلا في الإبهام فنصفه فالمستحسنات اثنان منها في الشفعة واثنان منها في الدماء .وفي ادعاء العفو من ولي دمأو من جريح اليمين تلتزم(وفي ادعاء العفو من ولي دم أو من جريح اليمين) مبتدأ خبره (تلتزم) وفي متعلق به ومعناه أن اليمين تلزم ولي الدم في ادعاء القاتل عليه العفو أو ادعاء الجارح ذلك على المجروح (خ) : وللقاتل الاستحلاف على العفو فإن نكل الولي حلف أي القاتل واحدة وبرىء وتلوم له في بينته الغائبة يعني القريبة وإن نكل القاتل قتل ، وهذا صحيح على قاعدة قولهم : كل دعوى لو أنكرها المدعى عليه انتفع المدعي بنكوله سمعت وتوجهت فيها اليمين ، ووارد على قولهم كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها لأن العفو ليس بمال ولا آيل إليه ، وما كان كذلك لا تتوجه فيه اليمين **بمجرد الدعوى** ، وهذا توجهت فيه . فالقاعدة

(١) البهجة في شرح التحفة، ٦١٧/٢

الثانية حينئذ أغلبية وإنما خرج العفو منها للاحتياط للدم وعليه ، فإذا قام للقاتل شاهد واحد بالعفو فإنه يحلف مع شاهد ويبرأ كما كان يحلف مع نكول الولي ويبرأ ، قاله بعض القرويين لأن النكول بمنزلة الشاهد ، وقيل لا تجوز شهادة الشاهد بالعفو وهي كالعدم ، وحكاه ابن أبي زيد في مختصره ونحوه لأبي عمران .تنبيه : إذا عفا المجروح عن جرحه أو صالح ثم مات فلورثته أن يقسموا لمن ذلك الجرح مات ويقتصوا في العمد ويأخذوا الدية في الخطأ ، وسواء صالح عنه وعما يؤول إليه وعنه فقط." (١)

"(إن خالطه) اللخمي : من ادعى قبل رجل دعوى فأنكره لم يحلف **بمجرد الدعوى** إلا بما ينضاف إليها من خلطة وشبهه أو دليل وذلك يختلف باختلاف المدعى فيه .." (٢)

"(أو لإقامة بينة فبحميل بالوجه وفيها أيضا نفيه وهل خلاف والمراد وكيل يلازمه أو إن لم تعرف عينه تأويلات) من المدونة قال ابن القاسم : من كانت بينه وبين الرجل خلطة فادعى عليه حقا لم يجب عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه .وقال غيره : له عليه كفيل .ومن المدونة أيضا : من ادعى قبل رجل غصبا أو دينا وعلمت تهمته ، فأما الغصب فينظر فيه إما أحلفه أو أخذ له كفيلا حتى يأتي بالبينة .قال عياض : بعضهم جعل له هنا أخذ الكفيل ولم يجعله له في كتاب الكفالة .وقيل : ظاهره أخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** .وأما الدين فإن كانت بينهما خلطة وإلا لم يعرض له .عياض : ويحتمل أن يكون الكفيل هنا بمعنى الموكل .ابن يونس : قول غيره له عليه كفيل يعني إذا لم يكن المدعى عليه معروفا مشهورا فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه ، وأما لو كان المطلوب معروفا مشهورا فليس للطالب عليه كفيل بوجهه لأنا نسمع البينة عليه في غيبته ، وهذا معنى قول ابن القاسم .." (٣)

"(ورقبته) لان دين الغرماء تعلق بذمته لا برقبته (وإن لم يكن) للمأذون (غريم فكغيره) أي فهو كغير المأذون لسيده انتزاع ماله وله الحجر عليه بغير حاكم (ولا يمكن) عبد (ذمي) أي يحرم على سيده تمكينه (من تجر في كخمر) وخنزير مما لا يباح تملكه (إن أتجر لسيده) لان تجارته له بمنزلة تجارة السيد ولا مفهوم لذمي بل عبده المسلم كذلك وإنما خصه بالذمي ليفرع عليه ما بعده ولا لتجر بل غيره كالتوكيل على التقاضي والسلم ونحوه كذلك (وإلا) يتجر لسيده بل لنفسه بماله (فقولان) في تمكينه وعليه فيحل للسيد

---

(١) البهجة في شرح التحفة، ٦٤٢/٢

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٤٦/١١

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل، ٣٠٢/١١

تناوله وعدم تمكينه ثم ذكر السبب الخامس من أسباب الحجر وهو المرض المخوف فقال: (وعلى مريض) أو من تنزل منزلته بدليل تمثيله للقسمين (حكم الطب) أي أهله العارفون به (بكثرة الموت به) أي بسببه أو منه ولو لم يغلب (كسل) بكسر السين مرض ينحل به البدن فكأن الروح تنسل معه قليلا قليلا (وقولنج) بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام وتكسر مرض معوي مؤلم يعسر معه خروج الغائط والريح وقوله معوي بكسر الميم وفتح العين نسبة للمعى (وحمى قوية) حارة تجاوز العادة في الحرارة مع إزعاج البدن والمداومة (وحامل ستة) أي أتمتها ودخلت في السابع ولو بيوم هذا هو الراجح خلافا لظاهره (ومحبوس لقتل) ثبت عليه بالبينة أو الاعتراف وأما الحبس **لمجرد الدعوى** ليستبرئ أمره فلا يحجر عليه (أو) مقرب (لقطع) لا محبوس له فالمعطوف محذوف (إن خيف الموت)." (١)

"ثم قال كالمستأنف لجواب سؤال نشأ من الكلام السابق تقديره : فإن نكل المدعى عليه فهل يغرم بمجرد نكوله أو بعد حلف المدعي ؟ (وإذا نكل المدعى عليه) يعني امتنع من الحلف (لم يقض) أي لم يحكم (للطالب) الذي هو المدعي على المدعى عليه بما ادعاه بل (حتى يحلف) أي الطالب (فيما يدعي فيه معرفة) أي علما بأن يقول : أتحقق أن لي عندك دينارا أو ثوبا صفته كذا وهي دعوى التحقيق .قال خليل : وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق ، ومفهوم إن حقق الذي هو مراد المصنف بقوله : يدعي فيه معرفة أنه لو لم يحقق بأن كان موجب اليمين التهمة كأن يتهم شخصا بسرقة مال مثلا فإنه لا يحلف الطالب بل يغرم المدعى عليه بمجرد نكوله ؛ لأن المشهور بوجه يمين التهمة **بمجرد الدعوى** ولا يحتاج إلى إثبات خلطة ، ويغرم المدعى عليه بمجرد نكوله ، ولا ترد اليمين على الطالب إلا في دعوى التحقيق .قال خليل : وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق ، وحاصل المعنى : أن الدعوى إذا كانت دعوى تحقيق لا يستحق الطالب إلا بعد حلفه وهي كلام المصنف ، وأما لو كانت دعوى اتهام فإنه يستحق بمجرد نكول المدعى عليه ، وهذه المسألة تعرف بمسألة رد اليمين مع النكول والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم في القسامة لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن بن سهل حين قتل أخوه عبد الله بن سهل بخيبر : ﴿ أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لم نحضر فكيف نحلف يا رسول الله ؟ قال :." (٢)

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، ٣/٣٠٦

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ٧/٢٦٢

"بشبه نحو ما نوجب به المال وقال أبو الزناد يريد بذلك المخالطة واللطخ والشبهة قال مالك وذلك الأمر عندنا ومن أهل المدينة جماعة ترى اليمين على كل مدعى عليه ولا تراعي الخلطة فإن اختلط في ذلك قاض أو مفت فأوجبها دون خلطة على ظاهر الحديث وعمومه لم يخرج ولفظ اليمين الذي يحلف فيه المدعى عليه أن يقول والله أو بالله الذي لا إله إلا هو أو بالله الذي لا إله غيره لا يزيد عليها هكذا الحلف عند مالك في كل ما يجب فيه اليمين من الحقوق والقسامة ولا تجوز اليمين في شيء من الحدود إلا في القسامة وإيمان اللعان ولا تجب عند مالك وأصحابه **بمجرد الدعوى** يمين إلا فيما تجوز منه شهادة المرأتين مع الرجل ومن أقر لرجل بحق أو قامت له عليه بينة فادعى أنه قضاه حلف صاحب الحق أنه ما قضاه فإن نكل حلف المدعى عليه سقط الحق عنه فإن نكل عن اليمين لزمه الحق وسقطت دعواه ولو مات الذي له الحق حلف ورثته ما يعلمون أن موروثهم اقتضى حقه ولا شيئا منه واستحقوا حقوقهم فإن نكلوا عن اليمين حلف الذي عليه الحق وبريء وروى ابن أبي أويس عن ابن وهب وعن مالك أن المدعى عليه السلف والدين يحلف أن ماله عليه شيء مما يدعيه قبله زاد ابن وهب وما يدعي الا باطلا ويبرأ وليس عليه أن يحلف انك ما أسلفتني وهو قول عبد الملك وابنه عبد العزيز والمدنيين وعلى هذه الرواية العمل والفتوى خلاف قول ابن القاسم وفي العتبية لابن القاسم عن مالك مثال ذلك قال سأل مالك عن رجل جحد حقا له فأراد صاحب الحق أن يستحلفه ما أسلفتك شيئا وقال الآخر أحلف مالك علي شيء فقال أرى أن يحلف مالك علي شيء وما الذي ادعيت علي إلا باطلا رواها سحنون عن ابن القاسم في العتبية وقال اصبغ حضرت ابن القاسم وقد حكم أن يحلف ما اسلفته شيئا ولا يحلف على المنبر ولا عنده في مصر من الأمصار الا بالمدينة ولا يحلف عنده إلا في ربع دينار فصاعدا أو في ثلاثة دراهم فصاعدا أو قيمة ذلك من العروض كلها وحسبه في سائر." (١)

"كتاب الدعوى والبيناتوفيه دعوى الاستحقاق قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال لأحد رجلين تخاصما إليه بينتك أو يمنيه ولا تجب اليمين عند مالك على المدعى عليه للمدعي **بمجرد الدعوى** ولا تجب إلا أن تكون بينهما مخالطة فإذا كان في ذلك لطخ وشبهة تجب به اليمين وإلا فلا فإن ثبتت الخلطة حلف المدعى عليه وبريء نكل يحكم للمدعي بنكوله حتى يحلف على ما ادعاه فإن أبى عن اليمين لم يحكم له بشيء والمعمول به عندنا أن من عرف بمعاملة الناس

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، /

مثل التجارة بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للشراء والبيع وباشر ذلك ولم ينكر منه فاليمين عليه لمن ادعى معاملته ومداينته فيها يمكن ومن كنا بخلاف هذه المنزلة مثل المرأة المستورة المحتجبة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعى عليه وملامسته فلا تجب اليمين عليه إلا بالخلطة وفي الأول أن من جاء بما لا يشبه ولا يمكن في ال إلب كذب ولم يقبل منه حدثنا عبدالوارث ابن سفيان قال حدثنا قاصم بن أصبع قال حدثنا نصر بن محمد قال حدثنا قبيصة بن عقبة قال حدثنا سفيان عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال لما أوتي يعقوب بقميص يوسف ولم ير فيه خرقا قال كذبتم ولو أكله السبع لخرق قميصه وثنا عبدالوارث بن سفيان قال حدثنا قاسم بن أصبغ قال ثنا مضر قال ثنا الفصل بن دكين قال ثنا زكريا بن أبي زائدة عن عامر الشعبي قال كان في قميص يوسف ثلاث آيات حين قد قميصه من دبره وحين ألقي على وجه أبيه فارتد بصيرا وحين جاؤا بالدم عليه وليس فيه شق علم أنه كذب لأنه لو أكله السبع خزق قميصه ومما يشهد لهذا أيضا قول الله عز وجل إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين يوسف وهذا أصل فيما ذكرنا وفي كل ما يشبه والله أعلم وقال إسماعيل حدثنا ابن أبي أويس عن أبي الزناد عن أبيه قال كان عمر بن عبد العزيز بقول والله لا يعطي اليمين كل من طلبها ولا نوجبها إلا." (١)

"إن أبى العبد إلا أن يكون العبد غائبا غيبة بعيدة أو ميتا فيحلف سيده ومن وكل حرا أو عبدا أو امرأة أو ذميا على قضاء حق عليه فقضهوه عنه بشهادة شاهد واحد وأنكر من له الحق أن يكون قبض شيئا حلف كل واحد منهم مع شاهده وبرئ بذلك هو والمطلوب جميعا ويحكم بالشاهد والنكول فيما يحكم فيه بالشاهد واليمين ويحلف المشجوجج خطأ مع شاهجه ويستحق دية جرجه وكذلك سيد العبد في جرح عبده وقد قيل إنه يحلف مع شاهده في جراح العمد ويقتص وهو قول ضعيف لأن أصل اليمين مع الشاهد إنما ورد في الأموال خاصة والله أعلم ومن شهد له شاهد واحد أن فلانا قذفه أحلف له فإن حلف برئ وإن لم يكن له شاهد واحد لم تجب عليه يمين بمجرد الدعوى عند مالك قال مالك وكذلك السنة في دعوى المرأةألأ لآ آألأألأ أألآخلآلإلإألأهأة أهأ إذا شهد قوم على شيء أنه كان وشهد آخرون أنه لم يكن فالشهادة شهادة من أثبت لا شهادة من نفى مثال ذرك شهند شهدوا أنه قضاه دينه وشهد آخرون أنه لم يقضه أو شهدوا أنه لم يقذفه أو لم يقر له وشهد آخرون أنه قذفه أو أقر له أو شهدوا أنه لم يطلق وشهدد آخرون

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، /

أنهم سمعوه طلق فالشهادة في هذا كله وما كان مثله شهادة من أثبت وليس من نفى بشاهد ولا يعرج على قوله فإن شهد عدلان على رجل أنه قتل رجلا في تاريخ أرخوه وشهد عدلان أن المشهود عليه بالقتل كان يوم القتل بأرض بعيدة عن ذلك الموضع فشهادة المثبتين للقتل أولى هذا مذهب مالك وأصحابه وقال إسماعيل بن إسحاق بل ذلك مانع من قبول شهادتهم وقول إسماعيل عندي صحيح لأنه شبهة يدرأ بها الحد ولا ينبغي أن يقدم على الدم إلا باليقين دون الشك وقد احتج إسماعيل على عبدالملك بقوله في رجل قال دمي عند فلان فشهد قوم عدول إن القتل كان بأرض بعيدة يومئذ قال عبدالملك بطلبت القسامة وقال إسماعيل وهذا من قوله يوجب التوقف عن الشهادة الأولى وقال الك إذا اختلف الشهود على الزنى في المواطن أو في الأوقات حدوا حد القذف ولم يحد." (١)

"الحمالة ، والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأى أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن، كان المضمون عنه غائبا ، أو حاضرا ، غنيا ، أو عديما : حديث قبيصة بن المخارقي قال : " تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : تخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلا في ثلاث ، وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها " . ووجه الدليل من هذا النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة : فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام : " الزعيم غارم " (أعني : كفالة المال وكفالة الوجه) ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال ، أو من قبل حدود ، مثل المال الواجب في قتل الخطإ ، أو الصلح في قتل العمد ، أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع ، وهي ما دون النصاب ، أو من غير ذلك . وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي (أعني كفالة النفس) . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال (أعني مطالبته بالكفيل) : فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه : فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي ، والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك . وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ وإلى كم من المدة يلزم ؟

---

(١) الكافي في فقه أهل المدينة، /

فقال قوم : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه ، وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر ، فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون : إنه : من أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف : تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن **بمجرد الدعوى** لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة . وروي عن عراك بن مالك قال : " أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر ، فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اذهب واطلب ، وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : استغفر لي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله " خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه بالفقه ، قال : وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبني ذلك، لأنه لا يجب الحبس **بمجرد الدعوى** ،." (١)

"وما روي عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن : "كم في أربع من أصابعها ؟ قال : عشرون " ، قلت : حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراقي أنت ؟ قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هي السنة . وروي أيضا عن النبي – عليه الصلاة والسلام – من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابي إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن في هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث .[دية العبد] وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : ١ – فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٦٣٧

ثمن العبد . ٢ – ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من ديته ، فيكون في موضحته نصف عشر قيمته ، وفي عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وهو قول عمر وعلي ، وقال مالك : يعتبر فـي ذلك كله ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من ديته . وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر إذ هو مسلم ومكلف . ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا جاوزت الثلث على العاقلة . واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة : إن العاقلة لا تحمل من ذلك إلا الثلث فما زاد ، وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ، وقال الثوري وابن شبرمة : الموضحة فما زاد علـى العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ . وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئا فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماكتاب القسامةاختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب : المسألة الأولى : هل يجب الحـكم بالقسامة أم لا ؟ الثانية : إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الفدية أو دفع **مجرد الدعوى** .." [1]

"وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ بالمدعي فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي **بمجرد الدعوى** ، وقال مالك : لا تجب إلا مع شاهد . وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة ؟ اختلفوا في ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله – عليه الصلاة والسلام – من حديـث ابن عباس : " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه " ، وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالمخالطة ، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة . وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوي إلى تعنيت بعضهم بعضا ، وإذاية بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إحلاف العبد سيده في دعوى

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٧٤١

العتق عليه . والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة أو في شيء بعينه : فإن كانت الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى في عين (وهو الذي يسمى استحقاقا) ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر ، وقال غيره : لا تسمع في شيء ، وقال مالك ، والشافعي : تسمع (أعني : في أن يشهد للمدعي بينة المدعى عليه أنه مال له وملك) . فعمدة من قال لا تسمع ، أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لا تفيد معنى زائدا ، قال : لا معنى لها ، ومن قال : تفيد اعتبرها . فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت إحداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك ، فالحكم عند مالك أن يقضي بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ، وقال أبو حنيفة : بينة المدعي أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعي : تترجح بالعدد وإذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كالبينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعي ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين (أعني : اليمين) . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالا في الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه إما بطول السجن أوبالبينة إن كان متهما فإذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) وقال قوم : يؤاجره ، وبه قال أحمد ، وروي عن عمر بن عبد العزيز ، وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار .." (١)

" تتناول الإناث فاغتلوا ازمانا ثم تبين اندراجهن أخذن حقهن في المستقبل لتناول الاسم لهن دون الماضي لأن اخوتهن اخذوه بالتأويل وقال ابن القاسم وأشهب يرجعن بالماضي لثبوت الاستحقاق فيه

فرع - قال قال مالك إذا تصدقت على غائب وبعثت بها إليه وأشهدت على ذلك ثم مات قبل الوصول نفذت لوجوبها بالإشهاد

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص/٧٧٨

فرع – قال صاحب المنتقى الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضى بها اتفاقا لأنه لم يقصد بها البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضى بها قاله ابن القاسم وقال أشهب إلا أن يكون على معين فان الحق له حتى يطلبه

فرع – قال إذا ادعى هبة في غير الذمة فظاهر المذهب عدم تحليف المدعى عليه **بمجرد الدعوى** لضعف السبب وفي الجلاب عليه اليمين فإن أبى حلف الآخر وأخذها وان كانت في ذمة الموهوب كالدين يدعى الابراء منه فيحلف أنه ما وهبه له قال وعندي تفصيل ان كانت في يد الواهب فلا يحلف أو بيد الموهوب لا ينتزعها الواهب إلا بعد حلفه قال شارح الجلاب المسئلة تتخرج على الخلاف في اليمين بدون خلطة فإن قلنا تجب حلف وإلا فلا ويحتمل قول شارح الجلاب حلف وبرئ إذا ثبتت بينهما خلطة أو برى ان الخلطة إنما تشترط فيما يتعلق بالذمة دون المعينات

". (١)

" من استحق دارا بوراثة أو بغير وراثة من يد من ابتاعها أو ورثها فإنما له الكراء من يوم استحق دون ما مضى إلا أن تكون الدار في يد غاصب في التنبيهات قول الغير يرجع الأخ على المكتري دون الأخ قال أبو محمد هو وفاق لابن القاسم وجواب ابن القاسم على أن أخاه علم كما قال الغير لقوله بعد هذا في المكتري يهدم الدار فيهب له المكتري قيمة الهدم فيستحق قال ابن القاسم إنما يرجع المستحق على الجاني ولقوله في العبد يسرق فيموت فيهب المسروق منه قيمته للسارق ثم يستحق أنه يطلب السارق دون الواهب لأنه إنما فعل ما يجوز له وقال غيره هو خلاف وهو متعد عند ابن القاسم علم أو لم يعلم لهبته شيئا حصل في يده وفي مسألة الهادم والسارق لم يهب شيئا في يده وهبته له كهبة الأجنبي لما ليس في يده ومذهب ابن القاسم في الغاصب يهب طعاما أو ثوبا أن الرجوع عليه إن كان مليا وإن كان معدما أو لم يقدر عليه فعلى الموهوب ثم لا يرجع على الواهب لأن الهبة لا عهدة لها وقال أشهب يتبع أيهما شاء كما قال في المشتري وجاءت هذه المسألة في الكتاب ولم يفسر أن الواهب غاصب وهو معنى المسألة وعليه اختصرها الناس ولو كان الواهب غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب وقيل هذا خلاف كقوله في مسألة المحاباة على القول بأنه خلاف والأشبه وفاق ذلك كله على ما تأوله أبو محمد وتستقيم المسائل كلها

---

(١) الذخيرة، ٢٩٥/٦

على أصل واحد وقوله إن جهل حال المكتري فهو كالمشتري حتى يعلم الغصب معناه أن مكتريها ممن كانت بيده من وجه يجهل زارع بشبهة لا يقلع زرعه حتى يعلم أن مكتريها غاصب وأما المكري فمحمول على التعدي وينزع ما أكرى به حتى تثبت الشبهة من شراء أو غيره وقد قيل إن **مجرد الدعوى** بالملك والاختلاف شبهة ملك وفي النكت إذا استحقت من المكتري قبل المدة ودفعت قيمة البناء والغرس قائما إنما يدفع قيمته قائما على أن يقلع إلى وقته وكذلك إذا اشتركا بسبب امتناعهما تقع الشركة بذلك وعليه قال بعض شيوخنا تقوم الأرض براحا وتقوم الأنقاض لو كانت هكذا في أرض قائمة كم تساوي ولا تقوم ما

---

(١) ".

" ذمي لاحتمال أن يكون لمن فيها من المسلمين كما أجعله حرا وإن جهلت حريته لاحتمال الحرية لأن الشرع رجح جانبها وعند ش وابن حنبل متى كان في البلد مسلمون أو مشركون أقوى كذا بالحرية وفيه مسلم واحد فاللقيط مسلم لجريان حكم الإسلام على الدار وإسلام من فيه وإن كان جميعهم كافرا وإن صالحهم الإمام فهو كافر لأن الظاهر أنه ولدهم وإن كان في بلد الكفر الأصل كالترك وغيرهم وليس فيهم مسلم فكافر وإن كان فيهم مسلم فوجهان أصحهما أنه كافر تغليبا لحكم الكفار الحكم الثاني نسب اللقيط وفي الجواهر إن استلحقه الملتقط وغيره لا يلحق إلا ببينة أو يكون لدعواه وجه كمن عرفه أنه لا يعيش له ولد فزعم أسر كذا ماه لأنه سمع أنه إذا طرح عاش ونحو ذلك مما يدل على صدقة وقيل لا بد من البينة مطلقا لأن غيره يحتمل أن يدعيه وقال أشهب يلحق **بمجرد الدعوى** لعدم المنازع وهو أمر باطل يخفى إلا أن يظهر كذبه قال الشيخ أبو اسحاق هو المختار وربما طرح الناس أولادهم من الإملاق وغيره وإذا استلحق الذمي لقيطا ببينة لحقه وكان على دينه إلا أن يسلم وغين استلحقته امرأة وولدها قال ابن القاسم لا تقبل منها وإن جاءت بما يشبه من العدد وقاله الأئمة لأن أقامتها لبينة على ولدتها ممكن بخلاف الزوج لأن الوطء حالة تستر ولأنها إن ألحقته بزوجها فليس للإنسان أن يلحق النسب بغيره ولذلك إذا استلحق الزوج لا يلحق بالمرأة وإن ادعته من وطء شبهة أو زنا كان ذلك ضررا عليه أما الزوج فيمكن أن يتزوج بامرأة أخرى والمرأة لا تتزوج برجل أخر وقال أشهب يقبل قولها لأنها إحدى الأبوين وإن قالت من

---

(١) الذخيرة، ٣٧/٩

زنا حتى يعلم كذبها لما في البخاري عن سليمان عليه السلام إن الذئب عدا على صبي لامرأة فادعت أن ابن المرأة التي معها ابنها فتداعياه لسليمان فأمر أن يقسم بينهما يسكن فقالت أمه لا

". [(١)]

" رجلين فقبضت من أحدهما حصته ثم لقيت الآخر فقال دفعت لصاحبي ليدفع لك فأنكر صاحبه فأردت تحليفه فليس هذه خلطة توجب اليمين وإذا ادعيت دينا او غصبا او استهلاكا فإن عرفت بينكما مخالطة في معاملة او علمت تهمته فيما ادعيت عليه من التعدي نظر فيه الإمام فإما أحلفه او أخذ له كفيلا حتى يأتي بالبينة وإن لم تعلم خلطته ولا تهمته لم يتعرض له ولا يحلف أحد حتى تثبت الخلطة في التنبيهات قوله في الكفالة حتى تثبت الخلطة قيل بين المدعي والكفيل ولا تراعى خلطة الكفيل مع المكفول وقيل تراعى بين الكفيل والمكفول لا غير وهو أظهر لأنه إنما يتكفل الرجل بمن يشفق عليه وقد يتكفل بخصمه وعدوه مراعاة وقوله نظر فيه الإمام قيل جعل الكفالة في الغصب والتعدي وليس موضوعها وقيل ظاهره أخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** قال ويحتمل أن معنى الكفيل هاهنا الموكل به وهو الأظهر وفي النكت قال غير واحد من القرويين إنما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم دون المعينات ومسائل المدونة في المعينات تشهد لك وقيل المعينات أيضا إلا في مثل أن تعرض سلعتك في السوق فيدعي آخر أنك بعته إياها قال وهو أبين عندي لأن الخلطة اشترطت لدفع المضرة قال بعض القرويين إذا باعه بنسيئة فهو خلطة وأما بالنقد فحتى تبايعه مرارا قال ابن يونس قال مالك إذا قدح في البينة بعداوة او غيرها لا يحلف المدعى عليه وقيل يحلف لأنها لطخ قال أشهب لا يحلف في تعارض البينات وإذا انقضت خلطتكما لم يحلف إلا بخلطة مؤتنفة والذي قال إنه دفع لصاحبه إنما لم يجعل ذلك خلطة لأنك انما قلت إن المشتري معك قال إنه دفع لك ما عليه وهذا لم يثبت ولو ثبت لم يكن خلطة وفي الموازية هذا خلطة والمعتبر في دعوى الكفالة الخلطة بينك

". [(٢)]

---

(١) الذخيرة، ١٣٥/٩

(٢) الذخيرة، ٤٨/١١

" جهة المدعي ولم يثبت بها فلا يثبت بالآخر ولأن ما ذكروه يؤدي إلى استباحة الفروج بالباطل لأنها إذا أحبها ادعى عليها فتنكر فيحلفها فتنكر فيحلف فيستبيحها بتواطئ منها ولأن المرأة قد تكره زوجها فتدعي عليه في كل يوم فتحلفه وكذلك الأمة تدعي العتق وهذا ضرر عظيم احتجوا بقضية حويصة ومحيصة في قضية عبد الرحمن بن سهل وهي في الصحاح وقال فيها & يحلف لكم يهود خمسين يمينا ولأن كل حق توجهت اليمين فيه على المدعى عليه فإذا نكل ردت على المدعي أصله المال وقياسا على اللعان فإن المرأة تحدد بيمين الزوج ونكولها عن اليمين ولقوله & البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وهو عام يتناول صورة التنازع ولأنه & قال لركانه لما طلق أمرأته البتة ما أردت البتة فقال واحدة فقال له الله والله ما أردت إلا واحدة فقال والله ما أردت إلا واحدة فحلفه بعد دعوى أمر الثلاث والجواب أن الأيمان تمت بعد الموت وهو وجوده مطروحا بينهم وهم أعداؤه وغلظه خمسين بخلاف صورة النزاع في المعنيين ولأن القتل نادر وفي الخلوات حيث يتعذر بالإشهاد فغلظ أمره لحرمة الدماء وعن الثاني أن المدعى عليه هاهنا لا يحلف **بمجرد الدعوى** فانحسمت المادة وعن الثالث أن اللعان مستثنى للضرورة فجعلت الأيمان مقام الشهادة لتعذرها وضرورة

". (١)

" ووجد البطن الثاني فإنهم لا يستحقون شيئا إلا بالأيمان كالبطن الأول وقيل من لم يحلف أبوه لا يستحق شيئا وإن طلب الحلف وسبب الخلاف هل يتلقى البطن الثاني منافع الوقف عن الواقف او البطن الأول وعليه يتخرج لو حلف واحد من البطن الأول ونكل سائرهم وقلنا يستحق نصيبهم ذو وبقي الناكل هل يدفع نصيبه إلى بعض أهل او إلى البطن الثاني وما دام أحد الناكلين حيا لا يستحق البطن الثاني شيئا فإذا مات جميع من حلف ونكل انتقل حكم الشهادة إلى البطن الثاني فمن حلف استحق ومن نكل لم يستحق شيئا ويتخرج على ذلك أيضا هل يفتقر أهل البطن الأول فيما رجع إليه عمن مات من طبقتهم إلى غير محددة كما في استحلاف البطن الثاني بعد انقراض الأول قولان (فرع) قال الشاهد والنكول والمرأتان والنكول والمرأتان واليمين والنكول كالشاهد واليمين (فرع) قال كل دعوى لا تثبت إلا بشهادين لا يحلف فيها **بمجرد الدعوى** ولا يرد على المدعي ولا يجب فيها كالقتل العمد والنكاح والطلاق والعتاق

---

(١) الذخيرة، ٥٤/١١

والنسب والولاء والرجعة ونحوه (فرع) في النوادر قال مالك إذا أقام شاهدا أنه شتمه لا يحلف بل يحلف الشاتم كالطلاق وإن كان الشاتم معروفا بالسفه غرم

". (١)

" والموضع الذي يقسم بواحد على المعانية إذا انفذت مقاتلة يقسم ما شهد شاهدي إلا بالحق في الخمسين يمينا أو شاهدين على معاينة ولم تنفذ مقاتله فيقسم لمات من ذلك وإن كان الشاهد على قول الميت أو أنه أصابه ولم ينقذ مقاتله فمن صار إلى أنه يحلف فيحلف أنه شهد بالحق وأنه قتله لأنه لو شهد شاهدات على قول الميت لم يستحق بذلك القتل غلا بعد القسامة أنه قتله فهو يحلف انه شهد بحق ولا يحلف (أنه قتله وكذلك شهادته على معاينة الضرب يحلف مع شاهديه بضربه ليتوصل إلى اليمين أنه مات من ذلك الضرب ولا يحلف) على من أجاز ذلك أنه يجمع ذلك في قسامة واحدة في خمسين يمينا نظائر قال ابن زرب تجب القسامة بأربعة إذا ثبت قول المقتول الحر المسلم البالغ بشاهدي عدل أن فلانا ضرب المقتول (حتى قتله عمدا أو خطأ) ضربة فأجافه بها أو غير ذلك من الجراح عمدا أو خطأ فعاش الرجل بعد ذلك وأكل وشرب ولم يسأل أين دمه حتى مات وإذا اعترف رجل بقتل رجل خطأ والمعترف مأمون لا يتهم فيقسم ولاة المقتول فإن أبوا فلا شيء لهم قال الطرطوشي لا يجب **بمجرد الدعوى** يمين ولا شيء وكذلك النكاح والطلاق وقال (ح) و (ش) تجب اليمين على المدعي عليه في ذلك كله وهل يحلف خمسين في دعوى القتل أو يمينا واحدة عند (ش) قولان وخالفنا الأئمة في شهادة عدلين على قوله قتلني فلان إنه لوث قالوا ولا يجب فيه شيء وهو اختيار القاضي أبي الوليد لنا آية البقرة وفي البخاري (أن يهوديا قتل جارية بحجر على اوضاح له فجيء بها إلى النبي & وبها رمق فقال أقتلك فلان فأشارت برأسها أن لا ثم قال الثانية فأشارت برأسها أن نعم فأمر به النبي & فرضخت رأسه بين

". (٢)

---

(١) الذخيرة، ٥٨/١١

(٢) الذخيرة، ٢٩٥/١٢

"الحرائر ويسافر بها زوجها بغير إذن سيدها وأولادها قبل إقرارها بالرق أحرار لظنه حريتها ولا يلزم قيمتهم لأن قولها غير مقبول في إلزامه وبعده أرقاء لأنه وطئها عالما برقها

ويلغز بهذه المسألة فيقال لنا حر تزوج حرة فأولدها حرا ثم رقيقا في عقد واحد

وإذا طلقت تعتد بثلاثة أقراء لأن عدة الطلاق حق الزوج وله الرجعة فيها في الطلاق الرجعي

وتعتد للوفاة كالأمة لعدم تضرر الزوج بنقصان العدة

وإن كان المقر بالرق ذكرا انفسخ نكاحه إذ لا ضرر على الزوجة ولزمه المسمى إن دخل بها ونصفه إن لم يدخل بها لأن سقوط ذلك يضرها وحينئذ يؤديه مما في يده أو من كسبه في الحال والإستقبال وإن لم يوجد بقي في ذمته إلى أن يعتق

ولو جنى على غيره عمدا ثم أقر بالرق اقتص منه حرا كان المجني عليه أو رقيقا وإن جنى خطأ أو شبه عمد قضي الأرش مما بيده

فإن قيل الأرش لا يتعلق بما في يد الجاني حرا كان أو رقيقا

أجيب بأن الرق لما أوجب الحجر عليه اقتضى التعلق بما في يده كالحر إذا حجر عليه بالفلس فإن لم يكن معه شيء تعلق الأرش برقبته وإن أقر بالرق بعدما قطعت يده مثلا عمدا اقتص من الرقيق دون الحر لأن قوله مقبول فيما يضره أو بعدما قطعت خطأ وجب الأقل من نصفي القيمة والدية لأن قبول قوله في الزائد يضر بالجاني

(ولو ادعى رقه من ليس في يده بلا بينة لم يقبل) جزما إذ الظاهر الحرية فلا تترك إلا بحجة بخلاف النسب فإن في قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له

(وكذا إن ادعاه الملتقط) بلا بينة وأسنده إلى الإلتقاط لم يقبل أيضا (في الأظهر) لأن الأصل الحرية فلا تزال **بمجرد الدعوى**

والثاني يقبل ويحكم له بالرق كما في يد غير الملتقط وسيأتي

وفرق الأول بأن اللقيط محكوم بحريته ظاهرا بخلاف غيره

ولو ادعى على اللقيط الرق فأنكر كونه له ثم أقر له بالرق قبل فإن أنكر كان للمدعي تحليفه فإن كان أنكر أصل الرق ثم أقر له لم يقبل ولم يحلف لأن التحليف لطلب الإقرار وإقراره غير مقبول

ولو قذف شخص لقيطا كبيرا أو جنى عليه ولو صغيرا جناية توجب قصاصا وادعى أنه رقيق فأنكر فالقول قول اللقيط بيمينه لأن الأصل الحرية فيجب الحد على القاذف في الأولى والقصاص على الجاني في الثانية

ومتى كان اللقيط قاذفا وادعى الرق حد حد الأحرار إذ لا يقبل إقراره فيما يضر بغيره في الماضي

(ولو رأينا صغيرا مميزا أو غيره في يد من يسترقه) بادعائه رقه (ولم يعرف استنادها إلى الإلتقاط) ولا غيره (حكم له بالرق) بدعواه على الصحيح في الروضة عملا باليد والتصرف بلا معارض ويحلف وجوبا على الأصح المنصوص وقيل ندبا وقيل لا يحكم بالرق كاللقيط فعلى الأول لا يؤثر تكذيب المميز

تنبيه أفهم قوله ولم يعرف إلخ أن الملتقط لو أقام بينة على أنه كان يده قبل التقاطه حكم له به وهو ما في الروضة كأصلها عن البغوي ثم قالا لكن روى ابن كج عن النص أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك اه

وهذا أظهر

(فإن بلغ) اللقيط بعد الحكم برقه (وقال أنا حر) الأصل (لم يقبل قوله في الأصح إلا ببينة) بالحرية لأنا قد حكمنا برقه في صغره فلا نزيله إلا بحجة وله تحليف السيد كما نقلاه عن البغوي وأقراه

والثاني يقبل قوله لأنه الآن من أهل القول إلا أن يقيم المدعي بينة برقه ولا فرق في جريان الخلاف بين أن يدعي في الصغر ملكه ويستخدمه ثم يبلغ وينكر وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ ثم يدعي ملكه وينكر المستخدم كما صرح به الرافعي في الدعاوي ولو أقر بالرق لغير سيده لم يقبل

والمجنون البالغ كالصبي فيما ذكر وإفاقته كبلوغه

فرع لو رأينا صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها وبلغت وأنكرت قبل قولها وعلى المدعي البينة وهل يحكم في صغرها بالنكاح قال ابن الحداد نعم كالرق والأصح المنع

وفرق الأصحاب بأن اليد في الجملة دليل على الملك ويجوز أن يولد المملوك مملوكا والنكاح طارىء بكل حال فيحتاج إلى البينة

(ومن أقام) من ملتقط وغيره

." (١)

"فلان) وظهر عليه لوث (وكذبه الآخر) فقال لم يقتله (بطل اللوث) لأن الله تعالى أجرى العادة بحرص القريب على التشفي من قاتل قريبه وأنه لا يبرئه فعارض هذا اللوث فسقطا فلا يحلف المدعي لانخرام ظن القتل بالتكذيب الدال على أنه لم يقتله

وفرقوا بينه وبين ما لو ادعى أحد وارثين دينا للمورث وأقام به شاهدا وكذبه الآخر حيث لا يمنع تكذيبه حف المدعي مع الشاهد بأن شهادة الشاهد حجة في نفسها وهي محققة وإن كذب الآخر واللوث ليس بحجة وإنما هو مثير للظن فيبطل بالتكذيب

قال البلقيني ومحله إذا لم يثبت اللوث بشهادة واحد في خطأ أو شبه عمد وإلا لم يبطل بتكذيب أحدهما قطعا وفيه كما قال ابن شهبة نظر فقد مر أن شهادة العدل إنما تكون لوثا في قتل العمد (وفي قول لا) يبطل حقه من اللوث ورجحه البلقيني كسائر الدعاوى لا يسقط حق المدعي بتكذيب أحد الوارثين

وعليه فيحلف المدعي خمسين يمينا ويأخذ حقه من الدية (وقيل لا يبطل) اللوث (بتكذيب فاسق) لأن قوله غير معتبر في الشرع والأصح المنصوص أنه لا فرق بينه وبين العدل لأن قبول الفاسق فيما يسقط حقه مقبول لانتفاء التهمة

فإن قيده الشافعي رضي الله تعالى عنه في المختصر بقوله وهو عدل

أجيب بأن مراده بالعدالة كونه من أهل القبول فلا يكون صغيرا ولا مجنونا

تنبيه محل الخلاف بالنسبة إلى المدعي أما بطلان اللوث بالنسبة إلى المكذب فلا خلاف فيه كما صرح به في البيان وغيره

قال البلقيني ومحله أيضا في المعين لا في أهل محلة ونحوهم ثبت في حقهم لوث فعين أحد الوارثين واحدا منهم وكذبه الآخر وعين غيره ولم يكذبه أخوه فيما قال فلا يبطل حق الذي كذب من الذي عينه قطعا لبقاء أصل اللوث وانخرامه إنما هو في ذلك المعين الذي تكاذبا فيه

وأفهم تصوير المصنف بالتكذيب أنه لو قال الآخر لا أعلم أنه قتله لا يبطل اللوث وهو كذلك قطعا كما قاله ابن الرفعة وإن سكت ولم يكذبه ولم يصدقه لم يبطل أيضا كما في المعتمد وغيره

---

(١) مغني المحتاج، ٤٢٦/٢

(ولو) لم يتكاذب ابنا القتيل مثلا بل (قال أحدهما قتله زيد ومجهول) عندي (وقال الآخر) قتله (عمرو ومجهول) عندي (حلف كل) منهما (على من عينه) منهما إذ لا تكاذب بينهما لاحتمال أن الذي أبهم ذكره هو الذي عينه الآخر وكذلك بالعكس (وله) أي لكل منهما (ربع الدية) لاعترافه بأن الواجب عليه نصفها وحصته منه نصفه ولو رجعا وقال كل منهما بان لي الذي أبهمته هو الذي عينه أخي فلكل أن يقسم على الآخر ويأخذ ربع الدية وهل يحلف كل منهما في المرة الثانية خمسين يمينا أو نصفها فيه خلاف ويؤخذ مما سيأتي ترجيح الثاني ولو قال المجهول غير من عينه أخي رد كل منهما ما أخذه لتكاذبهما ولكل منهما تحليف من عينه وإن قال ذلك أحدهما رد صاحبه وحده ما أخذه ولصاحبه أن يحلف من عينه ولو قال أحدهما قتله زيد وعمرو وقال الآخر بل زيد وحده أقسما على زيد لاتفاقهما عليه وطالباه بالنصف ولا يقسم الأول على عمرو لأن أخاه كذبه في الشركة وللأول تحليف عمرو فيما بطلت فيه القسامة وللثاني تحليف زيد فيه ثم شرع في الأمر الثاني من مسقطات اللوث وهو إنكار المدعي عليه المشاركة المذكورة بقوله (ولو أنكر المدعي عليه اللوث في حقه فقال) قبل أن يقسم المدعي (لم أكن مع) القوم (المتفرقين عنه) أي القتيل (صدق بيمينه) لأن الأصل براءة ذمته من القتل وعلى المدعي البينة على الأسارة التي يدعيها وهي عدلان كما ذكره القاضي الحسين فإن لم يكن بينة حلف المدعى عليه على نفيها وسقط اللوث ويبقى **مجرد الدعوى**

تنبيه لو قال كنت غائبا وقت القتل فعلى المدعى البينة فإن أقام كل بينة قدمت بينة الغيبة لزيادة علمها كما في التهذيب

قال في الروضة كأصلها هذا عند اتفاقهما على حضوره من قبل ولم يبينا الحكم عند عدم الاتفاق وحكمه التعارض

ثم شرع في الأمر الثالث من مسقطات اللوث وهو ظهور اللوث بأصل القتل بقوله (ولو ظهر لوث) في

". (١)

(١) مغني المحتاج، ١١٣/٤

" جمعه بين معين وحاضر للإيضاح إذ أحدهما مغن عن الآخر وتقييده بإمكان مخاصمته ليس معناه أنه إذا أقر به لمن لا تمكن مخاصمته وهو المحجور لا تنصرف الخصومة عنه بل تنصرف عنه لوليه وإنما ذكر ذلك ليرتب عليه قوله سئل فإن صدقه صارت الخصومة معه لصيرورة اليد له وإن كذبه ترك في يد المقر لما مر في الإقرار وقيل يسلم إلى المدعي إذ لا طالب له سواه وزيفه الإمام بأن القضاء له **بمجرد الدعوى** محال وقيل يحفظه الحاكم لظهور مالكه كما مر في الإقرار وإن أقر به لغائب فالأصح انصراف الخصومة عنه ويوقف الأمر حتى يقدم الغائب لأن المال لغيره بظاهر إقراره بدليل أن الغائب لو قدم وصدقه أخذه والثاني لا تنصرف وهو ظاهر نص المختصر لأن المال في يده والظاهر أنه له فلا يمكن من صرف الخصومة عنه بالإضافة لغائب قد يرجع وقد لا يرجع فإن كان للمدعي بينة ووجدت شروط القضاء على الغائب قضى له بها وسلمت له العين ل١ يقال هذا تهافت لأن الوقف ينافيه ما فرعه عليه وعبارة أصله سالمة منه لأنا نقول لا تهافت فيه لأنه بان بهذا التفريع أن قبله مقدرا حيث لا بينة ومثل هذا ظاهر لا يعترض مثله إلا لتنبيه للمراد من العبارة بأدنى تأمل وهو هنا قضاء على غائب فيحلف المدعي معها يمين الاستظهار كما مر لأن المال صار له بحكم الإقرار وقيل بل قضاء على حاضر فلا يحلف معها ثم انصراف الخصومة عنه في الصور المتقدمة والوقف إلى قدوم الغائب إنما هو بالنسبة للعين المدعاة أما بالنسبة لتحليفه فلا إذ للمدعي طلب حلفه أنه لا يلزمه التسليم إليه فإن نكل حلف المدعي وأخذ بدل العين المدعاة بناء على الأظهر المار أواخر الإقرار أنه لو أقر له به غرم له بدله للحيلولة بينهما بإقراره الأول ولو أقام المدعي بينة بدعواه والمدعى عليه بأنها للغائب عمل ببينته إن ثبتت وكالته وإلا لم تسمع بالنسبة لثبوت ملك الغائب والحاصل أن المقر متى زعم أنه وكيل الغائب احتاج في ثبوت الملك للغائب إلى إثبات وكالته وأن العين ملك للغائب فإن أقامها بالملك فقط لم تسمع إلا لدفع التهمة عنه ولو ادعى لنفسه حقا

". (١)

"ولزمه الدية موصسمو المحلة وبأنها حاضرا كان او غائئا بقيت فى ملكه أو خرجت عنه ، فإن لم يكن حيا وجبت على السكان كانوا مالكيها أو غير مالكيها . وقال أبو يوسف : الدية على السكان فى جميع الأحوال . واختلف الكوفيون إذا لم يحلفوا ، فقال أكثوهم : يس!جنون . وقال أبو يوسف : لا

(١) نهاية المحتاج، ٨/٣٥٠

يسجنون . وقال البتى : إذا حلفوا لم يلزمهم شيء وإن نكلوا أدوا الدية ، وقوله : (فلما راى ذلك رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أعطى عقله) وفى الرواية الأخرى : (وداهمن عنده) قيل ذلك لأنه - عليه السلام - لما لم يحلفوا ولم يحففوا وتنزهوا عن اليمين لما لم يحضروه ، فلم يروا إلزامها الخيبرلن حذروا مجاهرتهم لله - تعالى - بالحنث فيها لكفرهم ، وأنه يكون سببا لحفزهم على اغتيال المس!لمن إذا علموا أنهم يحلفون لاغير ، ولم يتوجه لهم حكم ، أرضاهم النبى طه تفضلا منه بأن وداه من عنده أو من بيت المال . وفيل : بل فعل النبى (صلى الله عليه وسلم) لما خشى أنه يبقى فى نفوس المسلمن على أهل خيبر ، فلهم ذمة مما تتقى عاديثه ، فرأى من المصلحة قطع ذلك وحسم الطلب بما أعطاهم .كتاب القسامة / باب القسامة ٤٥٧ قال يحيى : فحدثنى بشير بن يسار ، قال : أخبرنى سهل بن أبى حثمة ، قال : لقد ركضتنى فريضة من تلك الفرائض بالمربد .٥ - (...) حئثنا محمد بن عبد الله بن نمير ، حدثنا أبى ، حدثنا سعيد بن عبيد ، حدثنا بشير بن يسار الأنصارى ، عن سهل بن أبى حثمة الا"نصارى ؛ أنه أخبره ؛ أن نفزا منهم انطلقوا إلى خيبر ، فتفرئوا فيها ، فو! لوا أحل!م قتيلا . وساق الحديث . وقال فيه : فكره رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أن يبطل لحمه ، فوداه مائة من إبل الضدقة .٦ - (...) حدثنى إسحق بن منصور ، أخبرنا بشر بن عمر ، قال : سمعت مالك بن أنس يقول : حدثنى أبو ليلى عبد الله بن عبد الرخمن بن سهل ، عن سهل بن أبى حثمة ؛ أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه ؛ ان عبد الله بن سهل ومختصة خرجا إلى خيبر ، من جهد اصابهم . فا"تى محيصة فاخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح فى عين أو فقير . فأتى يهود فقال : انتم ، والله قتلتموه . قالوا : والله ، ماقتلناه . ثم أقبل حتى قلم على قومه . فذكر لهم ذلك . ثم أقبل هو وأخوه حويصة - وهو كبر منه - وغئد الرخمن بن سهل ، وما روى فى الحديث الآخر . (فوداه من إبل الصدقة) قيل : هو غلط ؛ إذ ليس هذا مصرف الصدقات . والاصح والثو قول من قال من قبله أو من عنده ، إما من ماله أومن مال الفيء ، وقيل : يرمع بينهما أن يستلف ذلك من الصعدقة حتى يوديها لمسئحقها من الفيء ، وإذا قلنا على الظ ؟ يل الآخر أنه المصلحة ، فقد يجوز تفريقها فى مثل هذا . قال بعض العلماء : فى المصانح العامة ، وقيل أيضا : إذ قد يكون فيما فعل من ذلك استئلافأ لليهود رجاء إسلامهم وأعطاه عنهم فيكون من سهم المولفة قلوبهم ، أو يكون أولياء القتيل بجامع ممن يتاح لهم الصدقة .وفى هذا الحديث من الفقه / وأن أهل الذمة إن منعوا حقا وجب حربهم ، لقوله : (إماأن يدوا صاحبكم وإما أن يوذنوا بحرب من الله) . وفيه أنهم إذا اغتالوا المسلمين

وأمراءهم انتقضت ذمتهم . ولعل قوله – عليه السلام – لهم هذا بمعنى : إن ثبت عليهم **لابمجرد الدعوى** . وفيه جواز اليمين على مايغلب على الظن الغلبة القوية التى يقوم مقام اليقين ،كقول عبد الله : (أنتم والله قتلتموه) إذا لم يكن فى خيبر سواهم . وفيه الحكم بين المسلم والكافر بحكم الإسلام .٢٨ / ب٤٥٨ كتاب القسامة / باب القسامة فن!ب محيصة ليتكلم ، وهو ائذى كان بخيبر . فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لمخئصة : (كئر . .) – يريد السن – فتكلم حيدصة ، ثم تكلم مخئصة . فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : (إما أن يدوا صاحبكم ، ! افا أن يؤفنوا بحرب ؟) . فكتب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إليهم فى ذلك . فكتبوا : إنا ، والله ماقتلناه . فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن : (أتحلفون وتستحقون لم صاحبكم ؟) تالوا : لا . قال : (فتحلف لكم يهود ؟) قالوا : ليسوا بمسلمين . فوداه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) من عنله ، فبعث إليهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مائة ناقة حتى ادخلت عليهم الدار .." [1]

"(وبعد فهذا كتاب جليل اقتطفته من ثمار مختصر الإمام خليل) الكلام في بعد واسم الإشارة مشهور ، والكتاب اسم للنقوش الدالة على الألفاظ الموضوعة لمعانيها ، وجليل نعت له ، ومعناه عظيم الشأن ، لما اشتمل على الأحكام النفيسة مع سهولة الألفاظ وعذوبتها واختصارها اختصارا لا يخل بالمعاني .ومعنى اقتطفته إلخ أخذته وجمعته من معاني مختصر الإمام الجليل أبي الضياء خليل بن إسحاق ، كان مع وفور علمه من الأولياء العارفين بالله تعالى كشيخه الإمام سيدي عبد الله المنوفي رضي الله تعالى عنهم وعنا بهم ، وقد شبه المختصر المذكور بروضة مثمرة .وذكر الثمار تخييل للمكنية (في مذهب إمام أئمة دار التنزيل) في مذهب نعت للمختصر المذكور أي الكائن ذلك المختصر في مذهب إمام أئمة دار التنزيل ، وهي المدينة المنورة ، والتنزيل : القرآن العظيم ، والمراد به مالك بن أنس ، وإذا كان إمام أئمة المدينة – مع عظم شأنهم – كان إماما لغيرهم بالأولى .فهو إمام الأئمة لا **بمجرد الدعوى** ، بل بشهادة العقل والنقل .يحكم بذلك كل من كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد (اقتصرت فيه على أرجح الأقاويل) هذا نعت لكتاب ؛ أي كتاب اقتصرت فيه عند الاختلاف في حكم على القول الراجح عند الأشياخ .فلم يقع

(١) إكمال المعلم شرح صحيح مسلم – للقاضي عياض، ٢٣٧/٥

فيه ذكر القولين إلا قليلا حيث لم يظهر ترجيح لأحدهما .(مبدلا غير المعتمد منه به ، مع تقييد ما أطلقه وضده ، للتسهيل) : مبدلا ، حال من فاعل اقتصرت ، أي حال كوني مبدلا غير المعتمد من." (١)

"ولغير من طعنت في الكبر بحيث لا يستغرب سقوط أسنانه .قوله : [وشيب] : أي إن وجد قبل أوانه وأما في بنت الستين فليس بعيب .قوله : [وهذا إذا لم يشترط] : أي وأما إذا اشترط شيء فيعمل به إذا تخلف المشروط وإن لم تكن العادة السلامة منه فالمدار في الشرط على الغرض الشرعي في جميع مسائل الباب .قوله : [ولم يعلم بأنها بالت عنده] : تصوير ليمين البائع فهو تفسير لما قبله لأن يمينه لا تكون إلا على نفي العلم .قوله : [كما قيل] : القائل له (عب) وتبعه في الأصل ، فقال ودل قوله : إن أقرت إلخ على أن اختلافهما في وجوده وعدمه لا في حدوثه وقدمه إذ لا يحسن حينئذ أن يقال إن أقرت إلخ .واختلافهما في الحدوث والقدم القول لمن شهدت العادة له أو رجحت بلا يمين وإن لم تقطع لواحد منهما فللبائع بيمين (ا هـ) .وما قاله هنا فقد تبع فيه (بن) فتحصل أن المشتري إذا ادعى البول ولم يثبت حصوله عند البائع بإقرار ولا بينة فإن حصل عند المشتري أو عند الأمين لزم البائع اليمين على نفي القدم ما لم تقطع العادة أو ترجح حدوثه وإلا فلا يمين على البائع وما لم تقطع العادة أو ترجح قدمه وإلا فيرد على البائع من غير يمين من المشتري وإن كانت مجرد دعوى من المشتري فلا يمين على البائع .فالحاصل أن توجه اليمين على البائع إنما يكون في نفي القدم بعد ثبوت الحدوث وأما في الوجود والعدم فلا تتوجه على البائع يمين لأنه مجرد دعوى من المشتري ففي الحقيقة من نظر **لمجرد الدعوى**." (٢)

"ولما فرغ مما يتعلق بالأسباب الخمسة العامة ؛ شرع فيما يتعلق بالسببين الخاصين ؛ وهما المرض مطلقا والنكاح بالنسبة للزوجة .(و) حجر (على مريض) ذكرا أو أنثى سفيها أو رشيدا إذا مرض (مرضا ينشأ الموت عنه عادة وإن لم يغلب) الموت عنه والحجر للوارث ومثل للمرض الذي ينشأ عنه عادة بقوله (كسل) بكسر الكاف : مرض ينحل البدن فكأن الروح تنسل معه شيئا فشيئا (وقولنج) بضم القاف وسكون الواو : مرض معوي يعسر معه خروج الغائط والريح ، ومعوي بكسر الميم وفتح العين المهملة : نسبة للمعى بكسر الميم (وحمى قوية) حارة تجاوز العادة في الحرارة مع المداومة .(وحامل ست) : أي حمل بلغ ستة أشهر ودخل في السابع ولو بيوم .(ومحبوس لقتل) بأن ثبت عليه ببينة أو إقرار ، لا

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢١/١

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤٤٠/٦

لمجرد الدعوى قبل الثبوت فلا يحجر عليه (أو) محبوس (لقطع) من يد أو رجل ثبت عليه الموجب (خيف الموت منه) : أي من ذلك القطع (وحاضر صف القتال) وإن لم يصب بجرح ..s." [(١)]

"البلاد التي لم يكن لها قاض مستقل من السلطان فجميع البلاد التي تأخذ قضاتها النيابة منه يقال لها : محل ولايته .تتمة : يجلب القاضي الخصم بخاتم أو رسول أو ورقة أو أمارة إن كان على مسافة القصر فأقل بمجرد الدعوى عليه ، فإن كان على أكثر من مسافة القصر والحال أنه بمحل ولايته وأراد جلبه فلا يلزمه الحضور لدعوى المدعي إلا بشاهد يشهد بالحق فيجلبه ولكن لا يجبره على ذلك وإنما يكتب له إما أن تحضر أو توكل أو ترضي خصمك فإن لم تفعل قضينا عليك .." [(٢)]

"قوله : [فلا تصح له ولا لغيره] : أي لأن الشهادة إذا بطل بعضها بطل كلها ، بخلاف ما بطل بعضها للسنة فإنه يمضي منها ما أجازته فقط كشهادة رجل وامرأتين بوصية بعتق وبمال فإنها ترد في العتق لا في المال .قوله : [حلف الغير معه] : إن كان معينا كزيد ، وأما إن كان غير معين كما إذا كان الغير هم الفقراء فلا يتأتى منهم يمين ، فمقتضاه أنه إن لم يوجد شاهد ثان لا شيء لهم ولا له لتوقف نفوذها على اليمين أو شاهد ثان ولم يوجد وانظر في ذلك .قوله : [تبعا للحالف] : أي الذي هو المشهود له ، وإنما أخذه ليسارته فهو غير منظور إليه .وبها يلغز فيقال دعوى أخذت بشاهد بلا يمين أو يقال شيء أخذ من مال الغير بمجرد الدعوى أو يقال شهادة للنفس مضت .قوله : [فلا تقبل له ولا لغيره مطلقا] : أي سواء شهد لنفسه بكثير أو بقليل ، والفرق بين الوصية وغيرها أن الموصي قد يخشى معاجلة الموت ولا يجد ح ا ضرا غير الموصى له بخلاف غيره." [(٣)]

"السفينة فخافه أهلها فسلط الله عليه الحمى ، ومنها الحامل إذا كملت ستة أشهر ودخلت في الشهر السابع ولو بيوم واحد فالإضافة في وحامل ستة على معنى اللام ، أي : الحامل المنسوبة للستة وهي لا تنسب لها إلا إذا أتت على جميعها ويعلم أنها بلغت ستة أشهر من قولها ، ولا يسأل النساء ، ومنها من حبس لأجل القتل الثابت عليه ببينة شرعية ، أو باعترافه ، وأما من حبس بمجرد الدعوى ليستبرأ أمره فلا يحجر عليه ، ومنها من قرب لقطع ثبت عليه في سرقة ، أو غيرها كيد ، أو رجل ، والحال أنه يخاف

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٧٨/٧

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٨٥/٩

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٤١٧/٩

عليه الموت من القطع لا إن لم يخف عليه الموت وأعاد اللام في قوله ، أو لقطع إشارة إلى أنه ليس معطوفا على قتل ، وإلا كان يقول ، أو قطع وحينئذ فهو متعلق بمقدر معطوف على ما مر ، أي : أو قرب لقطع ، وأما كونه أعادها ليرجع الشرط لما بعدها كما قيل ففيه شيء ؛ لأن المحبوس للقتل ليس مترددا بين القتل وعدمه حتى يتوهم رجوع القيد له ، ومنها من يكون حاضرا صف القتال وهو من جملة المقاتلين لا إن كان في النظارة ، أو في صف الرد ، وصف النظارة هم الذين ينظرون من غلب ينصرونه ، ثم عطف على المقدر في قوله وعلى مريض أي مخوف مرضه قوله (ص) لا كجرب وملجج ببحر ولو حصل الهول (ش) أي لا خفيف كجرب وحمى الربع ، والرمد ، والبرص وملجج في البحر الحلو أو الملح ونحو ذلك فلا يحجر عليه ولو حصل الهول بالفعل ؛ لأن هذه الأمراض ليست مخوفة ، وبعبارة ولا حجر على ملجج ، أي :." (١)

"(ص) ولم يجب وكيل للخصومة (ش) (يجب) بفتح أوله وكسر ثانيه وفاعله وكيل وللخصومة متعلق بوكيل والمعنى أن من ادعى على شخص حقا فأنكره وادعى الطالب أن له بينة غائبة وطلب من المدعى عليه إقامة وكيل يخاصم عنه لأنه يخاف إذا أتى ببينة أن لا يجد المدعى عليه فإن المدعى عليه لا يجب عليه ذلك لأنا نسمع البينة في غيبة المطلوب .كذا في المواق والشارح ومن وافقهما وهذا يقتضي أنه لا يجب على المدعى عليه ذلك ولو أقام المدعي شاهدا بالحق وهو ظاهر وقوله للخصومة أي لأجل الخصومة أي لأجل أن يخاصمه المدعي في المستقبلs(قوله وهذا يقتضي) أي هذا التعليل وهو قوله لأنا نسمع إلخ وإذا كنا نسمع الدعوى فلا فائدة في إقامة الوكيل ولو مع وجود شاهد واحد وقوله وهو ظاهر أي ظاهر في نفسه أما بالنظر لما قالوا إنه إذا أقام شاهد إيجاب إلى كفيل بالمال فأولى في الإجابة الوكيل بدفع الخصومة فما قالوه يفيد أنه يجاب للوكيل إذا أقام شاهدا وهو الذي يفيده قول المصنف **بمجرد الدعوى** المفيد أنه إذا أقام شاهد إيجاب فتدبر ولذا قال بهرام إن قوله بالدعوى متعلق بلم يجب أي لا يجب عليه بدعوى الطالب شيء من الأمرين .ا هـ .." (٢)

"(ص) ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد .(ش) أي أن المدعي إذا طلب من المدعى عليه المنكر كفيلا يكفله بوجهه حتى يأتي المدعي ببينة فإنه لا يجب على المدعى عليه وذلك وقوله بالدعوى

---

(١) شرح خليل للخرشي، ١٧١/١٧

(٢) شرح خليل للخرشي، ٣٨٣/١٧

متعلق بيجب المنفي أي لم يجب **بمجرد الدعوى** على المدعى عليه وكيل للخصومة ولا يجب أيضا عليه كفيل بالوجه إلا أن يكون المدعي أقام على المدعى عليه شاهدا بما ادعاه فأنكره فيطلب منه كفيلا بالمال فإنه يجاب لذلك فالاستثناء منقطع لأن ما قبله في الكفيل بالوجه .s(قوله فيطلب منه كفيل إلخ) أي وأولى كفيل بالوجه إنما جعلناه منقطعا ولم نجعله متصلا لأنه لو حمل على الوجه يتوهم أنه لا يجاب للمال فنص على المتوهم .." (١)

"(ص) وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح فإن نكل حبس ، وإن طال دين (ش) هذا راجع لمفهوم قوله فيما سبق وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها أي فإن لم تتجرد فبعضها تتوجه فيه اليمين ، وبعضها لا تتوجه والباء في بشاهد للسببية ، والمعنى أن المرأة إذا أقامت شاهدا على زوجها أنه طلقها أو أقامت امرأتين بذلك فإنه يقضي على الزوج بيمين أنه ما طلق فإن حلف ردت الشهادة ، وإن نكل فإنه يحبس فإن طال حبسه كسنة فإنه يدين أي يخلى بينه وبين زوجته وكذلك العبد إذا أقام شاهدا على سيده أنه أعتقه فإن السيد يلزمه يمين لرد الشهادة فإن نكل حبس ، وإن طال دين ومثله إذا أقام شخص على آخر شاهدا أنه قذفه فإن المدعى عليه يلزمه يمين لرد الشهادة فإن نكل حبس ، وإن طال دين بخلاف ما لو أقام أحد الزوجين شاهدا واحدا أنه زوج للآخر ، وهو منكر فإنه لا يمين على المنكر منهما فإن أقام شاهدا آخر عمل به ، وإلا فلا ؛ لأن النكاح لشهرته لا يكاد يخفى على الأهل والجيران فالعجز عن إقامة شاهدين به قرينة على كذب مدعيه وأيضا ؛ لأنه لو أقر بالنكاح لا يثبت ، ولا يلزم بخلاف الطلاق والعتق ، وقوله : لا نكاح أي في غير الطارئين وأما فيهما فتتوجه على منكر النكاح منهما بالشاهد لا **بمجرد الدعوى** .s." (٢)

"(قوله : فطلب المهلة إلخ) حاصله أن المدعي أقام بينة على دعواه فطلب المدعى عليه أن يدفع تلك البينة بأن يثبت أنه دفع الحق أو أنه أبرأه مثلا وليس المراد أنه طلب دفعها لعداوة أو نحو ذلك هذا قد تقدم في قوله : وأنظره لها باجتهاده ، ومحل ذلك إن قربت بينته كالجمعة ، وإلا قضى عليه ، وبقي على حجته إذا أحضرها ، ثم لا يخفى أن ما ذكر في بينة المدعي ويأتي أيضا في بينة المدعى عليه كما لو أقام المدعى عليه بينة بالدفع ، وقوله : أو لإقامتها معطوف على قوله لدفع بينة أي طلب المهلة لدفع

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٣٨٤/١٧

(٢) شرح خليل للخرشي، ١١٣/٢٢

بينة أو لإقامتها (أقول) : لا يخفى أنه إذا طلب المهلة للدفع فقد طلب المهلة لإقامة البينة التي يدفع بها فهو تنويع في العبارة ، والمآل واحد (قوله : ولا تحديد في ذلك عند مالك) ومقابله يقول : جمعة (قوله : كحساب يظهره) أي فهو غير منكر بل أتى بما يحتمل الإقرار ، ولا يعارض هذا ما تقدم في قوله : ولم يجب وكيل للخصومة ، ولا كفيل بالوجه **بمجرد الدعوى** إلا بشاهد لحمل ما تقدم على المنكر (قوله : أو لشيء مكتوب) تفسير للكاف في قوله كحساب (قوله : كفيل بالمال) أي يكفل المدعى عليه حتى يحضر المدعي بينة (قوله : قيد في المسألتين) المتبادر منه أنه أراد بالمسألتين أولاهما قوله : ومن استمهل ثانيتهما قوله كحساب إلخ إلا أن في عب أن هذا راجع لما قبل الكاف فقط وأولى لقوله انظر وأما ما بعدها فبكفيل بالوجه على المعتمد إلا أن يحمل على ما." (١)

"(ص) أو بإقامة بينة فبحميل بوجهه (ش) معطوف على قوله : كأن أراد إقامة ثان يعني أن المدعي إذا طلب من المدعى عليه كفيلا بالمال **بمجرد الدعوى** فإنه لا يلزمه ذلك بلا خلاف ؛ لأنه لم يثبت له عليه شيء ، وأما كفيل بالوجه ففيه خلاف فقيل : يلزمه كما هنا ، وقيل : لا يلزمه ذلك كما مر في باب الضمان حيث قال : ولا كفيل بالوجه بالدعوى ، وهو معنى قوله هنا .s(قوله : معطوف على قوله : كأن أراد إلخ) أي ويكون في العبارة حذف والتقدير أي أو كأن ادعى بحق ملتبسا بإرادة إقامة بينة فيجاب بحميل بالوجه لا بالمال أي أو معطوف على إقامة ثان ، والباء زائدة إلا أن العطف فيه قلق من حيث إن المعطوف عليه الحميل فيه بالمال ، والمعطوف الحميل فيه بالوجه فالأحسن عطفه على قوله : لدفع بينة أي : وإذا طلب المدعي إمهال المدعى عليه لإقامة بينة عليه فله ذلك لكن مع كونه يأخذ منه حميلا بالوجه لا بالمال وفي بعض النسخ أو لإقامة بينة وعليها يكون عطفا على قوله لدفع بينة (تنبيهان) الأول أن هذا مختص بالمسائل التي يتوقف الحلف فيها على الخلطة حيث كانت هناك خلطة وأما إذا لم توجد خلطة فلا يطلب بحميل بالوجه ، ولا بكفيل يلازمه سواء عرف نسبه أم لا وأما المسائل التي تتوجه فيها اليمين لغير خلطة كدعوى الغصب والسرقة فإما حلف أو أخذ منه حميلا (الثاني) أن محل ذلك ما لم يدع بينة بكالسوق ، وإلا أوقفه القاضي عنده .." (٢)

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٣٩/٢٢

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٤١/٢٢

"(ص) وفيها أيضا نفيه ، وهل خلاف أو المراد وكيل يلازمه أو إن لم يعرف عينه تأويلات (ش) يعني أن المدعي إذا طلب حميلا بالوجه من المدعى عليه **بمجرد الدعوى** فإنه يجاب إلى ذلك حيث قال : أو لإقامة بينة فبحميل بوجهه ، وهو الذي في كتاب الشهادات وفي كتاب الحمالة من المدونة : لا يلزمه ذلك فقيل ما في الكتابين خلاف وقيل لا بل وفاق ، وهو بأحد وجهين أحدهما لأبي عمران قال : المراد بالكفيل الذي في الشهادات الوكيل الذي يلازمه ويحرسه خوفا من هروبه لا كفيل بالوجه فوافق ما في كتاب الحمالة .وقال ابن يونس في الحمالة معنى قول ابن القاسم : إنه يجب عليه إذا لم يكن المدعى عليه معروفا مشهورا فللطالب عليه كفيل بوجهه لتشهد البينة على عينه ، ولو كان معروفا مشهورا لم يكن عليه كفيل ؛ لأنا نسمع البينة عليه في غيبته ، وهذا معنى قول ابن القاسم فليس بين المحلين خلاف .s(قوله : وفي كتاب الحمالة إلخ) هو المعتمد (قوله : يلازمه ويحرسه إلخ) أي بحيث لو فرض أنه لم يأت به فلا غرم عليه بخلاف الكفيل بالوجه فإنه إذا لم يأت بالمضمون يضمن (قوله : لأنا نسمع البينة عليه) حاصله أنه إذا كان معروفا مشهورا فالشأن أن الشاهدين يشهدان عليه وإن لم يكن حاضرا ، وأما إن كان غير ذلك فيمكن أن الشاهدين إنما شهدا على ذاته وحليته لا على اسمه فلا تكون شهادتهم عند القاضي إلا بحضوره.." (١)

".(قوله : رجلين) يشعر بعدم العمل بشهادة عدل وامرأتين لغيرهما بشيء ولعله غير مراد إذ يثبت بذلك المال دون الحرابة وكذا الشاهد واليمين فلعله احترز عن الواحد دون يمين .(قوله : ولكن يضمنهم) أي يضمن الآخذين **بمجرد الدعوى** مع الاستيناء .(قوله : ما لم يشهد العدل لأبيه مثلا) دخل تحت مثلا أمه وحاصله أنهما لا يشهدان لأصلهما ولا لفرعهما وكذا العبد الشاهد مكاتبا أم لا وظاهر كلامه كغيره أنه لا يمتنع شهادة كل منهما لزوج أصله أو فرعه .(قوله : لا لأنفسهما) أي ولو مع غيرهما ولو بقليل لهما وبكثير لغيرهما وتبطل على الجميع." (٢)

"السفينة فخافه أهلها فسلط الله عليه الحمى ، ومنها الحامل إذا كملت ستة أشهر ودخلت في الشهر السابع ولو بيوم واحد فالإضافة في وحامل ستة على معنى اللام ، أي : الحامل المنسوبة للستة وهي لا تنسب لها إلا إذا أتت على جميعها ويعلم أنها بلغت ستة أشهر من قولها ، ولا يسأل النساء ، ومنها

---

(١) شرح خليل للخرشي، ٢٢/٢٤٢

(٢) شرح خليل للخرشي، ٢٣/٣٣١

من حبس لأجل القتل الثابت عليه ببينة شرعية ، أو باعترافه ، وأما من حبس **بمجرد الدعوى** ليستبرأ أمره فلا يحجر عليه ، ومنها من قرب لقطع ثبت عليه في سرقة ، أو غيرها كيد ، أو رجل ، والحال أنه يخاف عليه الموت من القطع لا إن لم يخف عليه الموت وأعاد اللام في قوله ، أو لقطع إشارة إلى أنه ليس معطوفا على قتل ، وإلا كان يقول ، أو قطع وحينئذ فهو متعلق بمقدر معطوف على ما مر ، أي : أو قرب لقطع ، وأما كونه أعادها ليرجع الشرط لما بعدها كما قيل ففيه شيء ؛ لأن المحبوس للقتل ليس مترددا بين القتل وعدمه حتى يتوهم رجوع القيد له ، ومنها من يكون حاضرا صف القتال وهو من جملة المقاتلين لا إن كان في النظارة ، أو في صف الرد ، وصف النظارة هم الذين ينظرون من غلب ينصرونه ، ثم عطف على المقدر في قوله وعلى مريض أي مخوف مرضه قوله (ص) لا كجرب وملجج ببحر ولو حصل الهول (ش) أي لا خفيف كجرب وحمى الربع ، والرمد ، والبرص وملجج في البحر الحلو أو الملح ونحو ذلك فلا يحجر عليه ولو حصل الهول بالفعل ؛ لأن هذه الأمراض ليست مخوفة ، وبعبارة ولا حجر على ملجج ، أي :." (١)

"(ص) ولم يجب وكيل للخصومة (ش) (يجب) بفتح أوله وكسر ثانيه وفاعله وكيل وللخصومة متعلق بوكيل والمعنى أن من ادعى على شخص حقا فأنكره وادعى الطالب أن له بينة غائبة وطلب من المدعى عليه إقامة وكيل يخاصم عنه لأنه يخاف إذا أتى ببينة أن لا يجد المدعى عليه فإن المدعى عليه لا يجب عليه ذلك لأنا نسمع البينة في غيبة المطلوب .كذا في المواق والشارح ومن وافقهما وهذا يقتضي أنه لا يجب على المدعى عليه ذلك ولو أقام المدعي شاهدا بالحق وهو ظاهر وقوله للخصومة أي لأجل الخصومة أي لأجل أن يخاصمه المدعي في المستقبلs(قوله وهذا يقتضي) أي هذا التعليل وهو قوله لأنا نسمع إلخ وإذا كنا نسمع الدعوى فلا فائدة في إقامة الوكيل ولو مع وجود شاهد واحد وقوله وهو ظاهر أي ظاهر في نفسه أما بالنظر لما قالوا إنه إذا أقام شاهد إيجاب إلى كفيل بالمال فأولى في الإجابة الوكيل بدفع الخصومة فما قالوه يفيد أنه يجاب للوكيل إذا أقام شاهدا وهو الذي يفيده قول المصنف **بمجرد الدعوى** المفيد أنه إذا أقام شاهد إيجاب فتدبر ولذا قال بهرام إن قوله بالدعوى متعلق بلم يجب أي لا يجب عليه بدعوى الطالب شيء من الأمرين .ا هـ .." (٢)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧/١٧١

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١٧/٣٨٣

"(ص) ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد .(ش) أي أن المدعي إذا طلب من المدعى عليه المنكر كفيلا يكفله بوجهه حتى يأتي المدعي ببينة فإنه لا يجب على المدعى عليه وذلك وقوله بالدعوى متعلق بيجب المنفي أي لم يجب **بمجرد الدعوى** على المدعى عليه وكيل للخصومة ولا يجب أيضا عليه كفيل بالوجه إلا أن يكون المدعي أقام على المدعى عليه شاهدا بما ادعاه فأنكره فيطلب منه كفيلا بالمال فإنه يجاب لذلك فالاستثناء منقطع لأن ما قبله في الكفيل بالوجه .s(قوله فيطلب منه كفيل إلخ) أي وأولى كفيل بالوجه إنما جعلناه منقطعا ولم نجعله متصلا لأنه لو حمل على الوجه يتوهم أنه لا يجاب للمال فنص على المتوهم .." [١]

"(ص) وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح فإن نكل حبس ، وإن طال دين (ش) هذا راجع لمفهوم قوله فيما سبق وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها أي فإن لم تتجرد فبعضها تتوجه فيه اليمين ، وبعضها لا تتوجه والباء في بشاهد للسببية ، والمعنى أن المرأة إذا أقامت شاهدا على زوجها أنه طلقها أو أقامت امرأتين بذلك فإنه يقضي على الزوج بيمين أنه ما طلق فإن حلف ردت الشهادة ، وإن نكل فإنه يحبس فإن طال حبسه كسنة فإنه يدين أي يخلى بينه وبين زوجته وكذلك العبد إذا أقام شاهدا على سيده أنه أعتقه فإن السيد يلزمه يمين لرد الشهادة فإن نكل حبس ، وإن طال دين ومثله إذا أقام شخص على آخر شاهدا أنه قذفه فإن المدعى عليه يلزمه يمين لرد الشهادة فإن نكل حبس ، وإن طال دين بخلاف ما لو أقام أحد الزوجين شاهدا واحدا أنه زوج للآخر ، وهو منكر فإنه لا يمين على المنكر منهما فإن أقام شاهدا آخر عمل به ، وإلا فلا ؛ لأن النكاح لشهرته لا يكاد يخفى على الأهل والجيران فالعجز عن إقامة شاهدين به قرينة على كذب مدعيه وأيضا ؛ لأنه لو أقر بالنكاح لا يثبت ، ولا يلزم بخلاف الطلاق والعتق ، وقوله : لا نكاح أي في غير الطارئين وأما فيهما فتتوجه على منكر النكاح منهما بالشاهد لا **بمجرد الدعوى** .s." [٢]

"(قوله : فطلب المهلة إلخ) حاصله أن المدعي أقام بينة على دعواه فطلب المدعى عليه أن يدفع تلك البينة بأن يثبت أنه دفع الحق أو أنه أبرأه مثلا وليس المراد أنه طلب دفعها لعداوة أو نحو ذلك هذا قد تقدم في قوله : وأنظره لها باجتهاده ، ومحل ذلك إن قربت بينته كالجمعة ، وإلا قضى عليه ، وبقي

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٨٤/١٧

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ١١٣/٢٢

على حجته إذا أحضرها ، ثم لا يخفى أن ما ذكر في بينة المدعي ويأتي أيضا في بينة المدعى عليه كما لو أقام المدعى عليه بينة بالدفع ، وقوله : أو لإقامتها معطوف على قوله لدفع بينة أي طلب المهلة لدفع بينة أو لإقامتها (أقول) : لا يخفى أنه إذا طلب المهلة للدفع فقد طلب المهلة لإقامة البينة التي يدفع بها فهو تنويع في العبارة ، والمآل واحد (قوله : ولا تحديد في ذلك عند مالك) ومقابله يقول : جمعة (قوله : كحساب يظهره) أي فهو غير منكر بل أتى بما يحتمل الإقرار ، ولا يعارض هذا ما تقدم في قوله : ولم يجب وكيل للخصومة ، ولا كفيل بالوجه **بمجرد الدعوى** إلا بشاهد لحمل ما تقدم على المنكر (قوله : أو لشيء مكتوب) تفسير للكاف في قوله كحساب (قوله : كفيل بالمال) أي يكفل المدعى عليه حتى يحضر المدعي بينة (قوله : قيد في المسألتين) المتبادر منه أنه أراد بالمسألتين أولاهما قوله : ومن استمهل ثانيتهما قوله كحساب إلخ إلا أن في عب أن هذا راجع لما قبل الكاف فقط وأولى لقوله انظر وأما ما بعدها فبكفيل بالوجه على المعتمد إلا أن يحمل على ما." (١)

"(ص) أو بإقامة بينة فبحميل بوجهه (ش) معطوف على قوله : كأن أراد إقامة ثان يعني أن المدعي إذا طلب من المدعى عليه كفيلا بالمال **بمجرد الدعوى** فإنه لا يلزمه ذلك بلا خلاف ؛ لأنه لم يثبت له عليه شيء ، وأما كفيل بالوجه ففيه خلاف فقيل : يلزمه كما هنا ، وقيل : لا يلزمه ذلك كما مر في باب الضمان حيث قال : ولا كفيل بالوجه بالدعوى ، وهو معنى قوله هنا .s(قوله : معطوف على قوله : كأن أراد إلخ) أي ويكون في العبارة حذف والتقدير أي أو كأن ادعى بحق ملتبسا بإرادة إقامة بينة فيجاب بحميل بالوجه لا بالمال أي أو معطوف على إقامة ثان ، والباء زائدة إلا أن العطف فيه قلق من حيث إن المعطوف عليه الحميل فيه بالمال ، والمعطوف الحميل فيه بالوجه فالأحسن عطفه على قوله : لدفع بينة أي : وإذا طلب المدعي إمهال المدعى عليه لإقامة بينة عليه فله ذلك لكن مع كونه يأخذ منه حميلا بالوجه لا بالمال وفي بعض النسخ أو لإقامة بينة وعليها يكون عطفا على قوله لدفع بينة (تنبيهان) الأول أن هذا مختص بالمسائل التي يتوقف الحلف فيها على الخلطة حيث كانت هناك خلطة وأما إذا لم توجد خلطة فلا يطلب بحميل بالوجه ، ولا بكفيل يلازمه سواء عرف نسبه أم لا وأما المسائل التي

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٣٩/٢٢

تتوجه فيها اليمين لغير خلطة كدعوى الغصب والسرقة فإما حلف أو أخذ منه حميلا (الثاني) أن محل ذلك ما لم يدع بينة بكالسوق ، وإلا أوقفه القاضي عنده .." (١)

"(ص) وفيها أيضا نفيه ، وهل خلاف أو المراد وكيل يلازمه أو إن لم يعرف عينه تأويلات (ش) يعني أن المدعي إذا طلب حميلا بالوجه من المدعى عليه **بمجرد الدعوى** فإنه يجاب إلى ذلك حيث قال : أو لإقامة بينة فبحميل بوجهه ، وهو الذي في كتاب الشهادات وفي كتاب الحمالة من المدونة : لا يلزمه ذلك فقيل ما في الكتابين خلاف وقيل لا بل وفاق ، وهو بأحد وجهين أحدهما لأبي عمران قال : المراد بالكفيل الذي في الشهادات الوكيل الذي يلازمه ويحرسه خوفا من هروبه لا كفيل بالوجه فوافق ما في كتاب الحمالة .وقال ابن يونس في الحمالة معنى قول ابن القاسم : إنه يجب عليه إذا لم يكن المدعى عليه معروفا مشهورا فللطالب عليه كفيل بوجهه لتشهد البينة على عينه ، ولو كان معروفا مشهورا لم يكن عليه كفيل ؛ لأنا نسمع البينة عليه في غيبته ، وهذا معنى قول ابن القاسم فليس بين المحلين خلاف .s(قوله : وفي كتاب الحمالة إلخ) هو المعتمد (قوله : يلازمه ويحرسه إلخ) أي بحيث لو فرض أنه لم يأت به فلا غرم عليه بخلاف الكفيل بالوجه فإنه إذا لم يأت بالمضمون يضمن (قوله : لأنا نسمع البينة عليه) حاصله أنه إذا كان معروفا مشهورا فالشأن أن الشاهدين يشهدان عليه وإن لم يكن حاضرا ، وأما إن كان غير ذلك فيمكن أن الشاهدين إنما شهدا على ذاته وحليته لا على اسمه فلا تكون شهادتهم عند القاضي إلا بحضوره .." (٢)

".(قوله : رجلين) يشعر بعدم العمل بشهادة عدل وامرأتين لغيرهما بشيء ولعله غير مراد إذ يثبت بذلك المال دون الحرابة وكذا الشاهد واليمين فلعله احترز عن الواحد دون يمين .(قوله : ولكن يضمنهم) أي يضمن الآخذين **بمجرد الدعوى** مع الاستيناء .(قوله : ما لم يشهد العدل لأبيه مثلا) دخل تحت مثلا أمه وحاصله أنهما لا يشهدان لأصلهما ولا لفرعهما وكذا العبد الشاهد مكاتبا أم لا وظاهر كلامه كغيره أنه لا يمتنع شهادة كل منهما لزوج أصله أو فرعه .(قوله : لا لأنفسهما) أي ولو مع غيرهما ولو بقليل لهما وبكثير لغيرهما وتبطل على الجميع." (٣)

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٤١/٢٢

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٢٤٢/٢٢

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي، ٣٣١/٢٣

"والمدعي مطالب بالبينة وحالة العموم فيه بينه والمدعى عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ البينة على المدعي واليمين على من أنكر .﴾ فقول الناظم : والمدعي مطالب بالبينة) هو معنى الجملة الأولى من الحديث الكريم وهو قوله " البينة على المدعي " ثم أفاد بقوله : وحالة العموم فيه بينه أن المدعي مطالب بالبينة كيف كان صالحا أو فاسقا تقيا أو فاجرا .(قال المازري) جعل حجة المدعي البينة وهي لكل مدع عموما ، وقول الناظم والمدعى عليه باليمين هو معنى قوله في الحديث واليمين على من أنكر وأفاد الناظم بقوله : (في عجز مدع) أن المدعى عليه إنما يطالب باليمين في حالة عجز المدعي عن إقامة البينة على دعواه وأما إن أقامها فإن الحق يثبت ولا يمين على المدعى عليه .(واعلم) أن مطالبة المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين مقيد بإنكار المدعى عليه ، وأما إن أقر فلا يفتقر إلى إقامة البينة ولا إلى اليمين ، وفي مثل هذا يقول الفقهاء : أقر الخصم فارتفع النزاع .(تنبيه) ظاهر كلام الناظم أن اليمين تتوجه على المدعى عليه المنكر **بمجرد الدعوى** وإن لم تثبت خلطة بينه وبين المدعي ، وبه العمل عندنا (ابن عرفة) قطع ابن رشد في سماع أصبغ أن مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة ومثله لابن حارث ونقل ابن زرقون عن ابن نافع : لا تعتبر الخلطة (ابن عرفة) ومضى عمل القضاة عندنا عليه ونقل لي شيخنا ابن عبد." [1]

"السلام عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها منه المدعى عليه ا هـ .(وقال المتيطي) قال محمد بن عبد الحكم : تجب اليمين على المدعى عليه دون خلطة وبه أخذ ابن لبابة وغيره .(وقال ابن الهندي) كان بعض من يقتدى به يتوسط في مثل هذا إن ادعى قوم على أشكالهم بما يوجب اليمين أوجبها دون إثبات الخلطة وإن ادعى على الرجل العدل من ليس من شكله لم يوجب عليه اليمين إلا بإثبات الخلطة .(قال أبو الحسن الصغير) : هذه من المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك ؛ لأنهم لا يعتبرون خلطة ويوجبون اليمين **بمجرد الدعوى** وعليه العمل اليوم ا هـ .وفي هذه النظائر قال الشيخ ابن غازي في باب الجهاد من تكميل التقييد قد خولف المذهب بالأندلس في ستة منهن سهم الفرس وغرس الأشجار لدى المساجد والحكم باليمين قل والشاهد وخلطة والأرض بالجزء تلي ورفع تكبير الأذان الأول

---

(١) شرح ميارة، ١/٥١

وقد ذكر القاضي المكناسي في آخر مجالسه : أن أهل الأندلس خالفوا مذهب ابن القاسم في ثمان عشرة مسألة وعدها ، فانظرها فيه إن شئت." [١]

"وها هنا عن شاهد قد يغني إرخاء ستر واحتياز رهن واليد مع **مجرد الدعوى** أوان تكافأت بينتان فاستبن والمدعى عليه يأبى القسما وفي سوى ذلك خلف علما ولا يمين مع نكول المدعي بعد ويقضى بسقوط ما ادعي هذا هو النوع الثالث من الأنواع الأربعة المندرجة في القسم الثاني من أقسام الشهادة ، وهو الذي يوجب الحق مع اليمين ، وهو الشاهد العرفي ، ومثل له بأمثلة خمسة : الأول : إرخاء الستر ، والمراد به إذا خلا الزوج بزوجته خلوة اهتداء أي خلي بينه وبين امرأته ، فادعت المسيس وأنكره ، فإن القول قولها ولها الصداق كاملا ، (قال في التوضيح) .والتخلية بين الزوج وزوجته هو مراد علمائنا بإرخاء الستور ، وليس المراد إرخاء ستر ولا إغلاق باب ، قاله ابن أبي زمنين ، ثم قال في توجيه كون القول قول المرأة : لأن الحامل على الوطء أمر جبلي ؛ لأن العادة أن الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة ، مع الحرص عليها والتشوف إليها قل ما يفارقها قبل الوصول إليها .ا هـ .فإرخاء الستر قائم للزوجة في دعوى المسيس مقام الشاهد ، فتحلف معه وتستحق الصداق كاملا ، ولا فرق على المشهور في كون القول قولها بين أن يقوم بها مانع شرعي كأن تكون محرمة بحج ، أو عمرة ، أو تكون حائضا أو في نهار رمضان أو لا ، (قال في التوضيح) : ورأى بعضهم أنها لا تصدق مع المانع الشرعي إلا على من يليق به ذلك ، وأما الصالح فلا (فرع) قال ابن الحاجب : وكذلك المغصوبة تحمل ببينة وتدعي الوطء ، لها الصداق كاملا ولا." [٢]

"حد عليها .(قال في التوضيح) : لها الصداق كاملا بيمين قاله في الواضحة وعن مالك في التي تعلقت برجل وهي ترى أن لها الصداق بغير يمين ، واستحسنه اللخمي ، واختار ابن يونس وغيره الأول ، وإنما ثبت الصداق ولم يثبت الحد ؛ لأن الشرع جعل لإثبات الحقوق المالية طريقا غير طريق إثبات الزنا ، ويكفي في البينة التي تشهد باحتمال المغصوبة اثنان .ا هـ .(المثال الثاني) من أمثال الشاهد العرفي حوز المرتهن للرهن فإنه كالشاهد في قدر الدين ، فيحلف المرتهن ويكون له ما قال (قال في المدونة) : قال مالك وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين فالرهن كشاهد للمرتهن إذا حازه وثيقة ، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتداعي لا يوم التراهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق المرتهن مع يمينه (، قال ابن

---

(١) شرح ميارة، ١/٥٢

(٢) شرح ميارة، ١/١٨٧

المواز) وإن كان الرهن يساوي ما قال الراهن فأقل لم يحلف ، إلا الراهن وحده .ا هـ (المثال الثالث) للشاهد العرفي اليد مع **مجرد الدعوى** أي : الحوز من غير معارض له أو ، الحوز مع تكافؤ البينتين كمن كان حائز الدار مثلا ، يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه ، فقام عليه من ادعى ملكيتها ولا بينة لهذا القائم ، أو أقام كل منهما بينة فتساقطت البينتان عند المساواة وتصيران كالعدم ، ويزيد الحائز بحوزه فيصير الحوز له كالشاهد ، فيحلف معه ويستحق (ابن الحاجب) واليد مرجحة عند التساوي مع اليمين على المشهور ، (التوضيح) يعني إذا تعارضت البينتان وتساوتا فإنهما يسقطان ويبقى." (١)

"الشيء بيد حائزه ، هذا هو المشهور ، .ا هـ .(وفي الشارح) قال ابن يونس : وإذا تكافأت البينتان سقطتا ، ويبقى الشيء بيد حائز ، ويحلف وإنما يحلف ؛ لأن البينتين لما سقطتا كأنهما لم يكونا ، وبقيت الدعوى ، فوجب على المنكر اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر هو إلى هذا المثال أشار بقوله : واليد مع **مجرد الدعوى** البيت فلفظ البيت وإن شمل صورتين فهما في المعنى صورة واحدة ؛ لأنه إذا تكافأت بينة القائم والحائز يتساقطان ، ويصيران كالعدم فتؤول ثانية الصورتين إلى أولاها فقوله : أو أن تكافأت أن المفتوحة الهمزة مصدرية ، والمصدر المنسبك منها ومن مدخولها معطوف على مجرد أي **مجرد الدعوى** ، أو مع تكافؤ البينتين ، ويقرأ بنقل حركة الهمزة إلى الواو قبلها ، فتكون الواو مفتوحة .(المثال الرابع) إذا عجز المدعي عن البينة ، وتوجهت اليمين على المدعى عليه فامتنع منها ، فإن امتناعه ونكوله كالشاهد ، فيحلف معه المدعي ويستحق ، وإلى هذا المثال أشار بقوله : والمدعى عليه البيت يعني : وحلف المدعي ، ولا بد من هذا العقد .(ابن شاس) الركن الرابع النكول ، ولا يثبت الحق به بمجرده ولكن ترد اليمين على المدعي إذا تم نكول المدعى عليه ، فيحكم القاضي بنكوله ، فإن قال بعد ذلك أحلف لم يقبل منه (ابن الحاجب) النكول يجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين ، ونقل الشارح عن ابن يونس قال في كتاب ابن سحنون : قال مالك ، وأصحابه : لا يجب." (٢)

"فصل في مسائل من الشهادة ومن لطالب بحق شهدا ولم يحقق عند ذاك العددا فمالك عنه به قولان للحكم في ذاك مبينان إلغاؤها كأنها لم تذكر وترفع الدعوى يمين المنكر أو يلزم المطلوب أن يقرا ثم يؤدي ما به أقرا بعد يمينه وإن تجنبا تعيينا أو عين والحلف أبى كلف من يطلبه التعيينا وهو له إن أعمل

---

(١) شرح ميارة، ١/١٨٨

(٢) شرح ميارة، ١/١٨٩

اليمينا وإن أبى أو قال لست أعرف بطل حقه وذاك الأعرف وما على المطلوب إجبار إذا ما شهدوا في أصل ملك هكذا يعني أنه إذا شهد الشاهد بحق كدين مثلا ولم يحقق مقداره وعدده ، فعن مالك في ذلك قولان مبينان للحكم في ذلك أحدهما : إلغاء تلك الشهادة أي : عدم اعتبارها وهي كالعدم فلم يبق إلا **مجرد الدعوى** ، فترتفع وتقابل باليمين كسائر الدعاوى .وإلى هذا أشار بقوله : ومن لطالب بحق شهدا الأبيات الثلاثة فطالب وبحق يتعلقان بشهد ويحتمل أن يتعلق لطالب بمحذوف ، صفة لطالب ، وفاعل يحقق يعود على من والإشارة لوقت الشهادة ، وباء به ظرفية والضمير للفرع المذكور و مبينان صفة لقولان ، و للحكم يتعلق بمبينان و إلغاؤها بدل من قولان بدل مفصل من مجمل و يمين فاعل ترفع والدعوى مفعول به .القول الثاني أن المطلوب أي : المدعى عليه يكلف ويلزم بأن يقر بما في ذمته ، ويحلف على ما أقر به ويؤديه لصاحبه فإن لم يقر بشيء ، أو أقر ولم يحلف فإنه يرجع إلى الطالب ويكلف بأن يعين ماله على المطلوب ، ويحلف عليه فإن عينه وحلف عليه لزم ذلك المطلوب ، فإن امتنع." [1]

"على صاحبه بالحيازة ، وعلى ذلك نبه بقوله : والقول قول ذي يد منفرد وقد تقدم هذا الفرع في القسم الثاني من أقسام الشهادة وهي التي توجب الحق مع اليمين ، في قوله : " واليد مع **مجرد الدعوى** " فإن أقام البينة على الملك غير الحائز بتعارض دليل الحيازة مع البينة بالملك فالبينة أعمل من دليل الحيازة ، وعلى ذلك نبه بقوله : وهو لمن أقام فيه البينه أي لا للحائز الذي لا بينة له فإن تساويا في الحيازة وإقامة البينة فإنه يقضى بأعدل البينتين ، وعلى ذلك نبه بقوله : وحالة الأعدل منها بينه فإن تكافأت البينتان في العدالة قضي بالشيء لحائزه ، وهذا يفهم من قوله : " ولا يد " إذ مفهومه أنه مع اليد لا يقسم بينهما بل يكون لصاحب اليد أي : الحوز .(فرع) قال الشارح : فإن اتفق الخصمان على أن لكل واحد منهما حظا في ذلك الشيء المتنازع فيه لكنهما يجهلانه ، فهل يكون مندرجا تحت الفقه التي تضمنته الأبيات ؟ وسئل عن ذلك الأستاذ أبو سعيد بن لب فأجاب : أما القاعدة التي جهل فيها حق الحبس وقدره ، وقدر حق الغير ، فمحمل الاشتراك المعلوم مع جهل المقدار عند الفقهاء على التسوية حتى يظهر خلافه ، قال أبو فرج ا هـ : باختصار ..." [2]

---

(١) شرح ميارة، ٢٢١/١

(٢) شرح ميارة، ٢٣٢/١

"وضامن الوجه على من أنكرا دعوى امرئ خشية أن لا يحضرا من بعد تأجيل لهذا المدعي بقدر ما استحق فيما يدعي وقيل إن لم يلف من يضمنه للخصم لازمه ولا يسجنه وأشهب بضامن الوجه قضى عليه حتما وبقوله القضا لما ذكر في البيت قبل هذا حكم من ادعى دعوى وقام له بها شاهد ذكر هنا حكم من ادعى دعوى ولا مصدق له من شاهد ولا غيره وزعم أن له بينة على ذلك وأنكر المدعى عليه فإن الحكم في ذلك أن يضرب القاضي للمدعي أجلا لإثبات دعواه بقدر ما يليق به ، ولا ضرر فيه على المدعى عليه ويأمر المدعى عليه بإعطاء حميل بالوجه خشية أن لا يجده المدعي إذا أتى ببينة .ولذلك قال خشية أن لا يحضر أي ليقيم البينة على عينه .فإن لم يجد من يضمنه فيقول للمدعي لازمه ولا يسجنه **بمجرد الدعوى** .هذا مذهب ابن القاسم .(قال أشهب) : " لا بد من ضامن الوجه فإن لم يجده سجن " والقضاء بقوله .وإنما يسجن على هذا القول بعد أن يحلف المدعي أن له بينة غائبة وليس في النظم ما يشعر بحلفه .هذا حاصل ما نقل الشارح عن الوثائق المجموعة مع طول عبارتها .فقوله (وضامن الوجه) مبتدأ ومضاف إليه ، و (على من أنكرا) خبره أي واجب أو لازم ، (وخشية) مفعول من أجله ، و (من بعد) يتعلق بما تعلق به الخبر وفاعل (استحق) للمدعي أي يؤجل المدعي بقدر ما استحق من التأجيل مما يسعه من إقامة البينة ولا ضرر فيه على المدعى عليه وقوله وقيل إن لم يلف من يضمنه أي يقال للمدعي وهو الذي." (١)

"والخلف في مطلق هزلا وضح ثالثها إلا إن الهزل اتضح يعني أنه اختلف فيمن طلق على وجه الهزل واللعب على ثلاثة أقوال : قيل : يلزمه وهو المشهور ، وقيل : لا يلزمه ، ثالثها : إن اتضح الهزل وبان لم يلزم وإن لم يتضح ولم يبن فيلزم .(ابن الحاجب) وفي الهزل في النكاح والطلاق والعتاق ثالثها : إن قام عليه دليل لم يلزم (التوضيح) ويلحق بالثلاث الرجعة ، والمشهور اللزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ﴾ قال : وهو حسن غريب والقول بعدم اللزوم في السليمانية ، لكن إنما ذكره في النكاح ، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي (ابن عبد السلام) والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان ، وما

---

(١) شرح ميارة، ١/٣١٣

ذكره من القول الثالث وهو شرط قيام الدليل على عدم اللزوم يعدونه من تمام القول الثاني ؛ لأن الهزل لا يثبت **بمجرد الدعوى** ا هـ وكلام ابن عبد السلام ظاهر بل متعين لا يعدل عنه والله أعلم .." [1]

"(فصل في حكم الحوز) والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق وانقطعت حجة مدعيه مع الحضور عن خصام فيه إلا إذا أثبت حوزا بالكرا أو ما يضاهيه فلن يعتبرا أو يدعي حصوله تبرعا من قائم فليثبتن ما ادعى أو يحلف القائم واليمين له إن ادعى الشراء منه معمله ويثبت الدفع وإلا الطالب له اليمين والتقضي لازب وإن يكن مدعيا إقاله فمع يمينه له المقاله والتسع كالعشر لدى ابن القاسم أو الثمان في انقطاع القائم قسم ابن الحاجب وغيره الدعوى إلى ثلاثة أقسام مشبهة عرفا وهي اللائقة بالمدعي والمدعى عليه ، فتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** من غير إثبات خلطة اتفاقا على ظاهر كلامه ، والله أعلم ، وذلك إذا عجز المدعي عن إقامة البينة ، ولا إشكال .وذلك كالدعاوى على الصناع والمنتصبين للتجارة في الأسواق والودائع على أهلها والمسافر في رفقته والمدعي لسلعة بعينها أو بعيدة لا تشبه حال كل واحد منهما ، فلا تسمع ، ولا يلتفت إليها كدعوى دار بيد حائز يتصرف بالهدم والبناء والعمارة مدة طويلة ، والمدعي شاهد ساكت ، ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهة ، ومتوسطة بين المشبهة والبعيدة فتسمع من مدعيها ، ويمكن من إقامة البينة على دعواه ، فإن عجز عنها حلف المدعى عليه وهل بعد ثبوت الخلطة بينه وبين المدعي ، (قال ابن الحاجب) : وعليه عمل أهل المدينة والفقهاء السبعة أو تتوجه اليمين ، وإن لم يثبت خلطة ، وبه العمل وعلى." [2]

"حقه ، وله أن يقلب اليمين على المدعي للعفو فيحلف ويبرأ .(قال في المقرب) : فإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه ، أيكون له أن يحلفه ؟ قال : نعم وله أن يرد اليمين على القاتل .ا هـ ولم ينقل الشارح فقها على دعوى الجارح على المجروح العفو عنه ، وهو في النظم صريحا .وقوله : أو من جريح عطف على ولي .(تنبيه) استشكل توجه اليمين في هذه المسألة من وجهين : أحدهما : أن العفو عن القصاص لا يثبت إلا بعدلين ؛ لأنه ليس بمال ولا يئول إلى المال ، وما كان كذلك لا تتوجه فيه اليمين **بمجرد الدعوى** بل إذا أقام المدعي شاهدا فحينئذ تتوجه اليمين على المدعى عليه ؛ لرد شهادة الشاهد ، كدعوى المرأة الطلاق والعبد العتق .الوجه الثاني : أن دعوى العفو من دعوى التبرع ، وقد قدم الناظم فيها

---

(١) شرح ميارة، ٢/٨٩

(٢) شرح ميارة، ٣/٢٨١

في باب اليمين أن دعوى التبرع لا توجب يمينا إلا إذا كان المدعى فيه تحت يد المدعي ، أو في دعوى الإقالة على قول ابن عتاب (وأجيب) عن الأول بأن توجه اليمين احتياطا إذ قد يكون الولي عفا ثم بدا له ، وأراد أن يقتص فاحتيط باليمين لعظم أمن النفس .(قلت) : ولا يبعد أن يجاب عن الثاني بأنه في معنى من ادعى التبرع عليه بشيء تحت يده ، كما قال الناظم في باب اليمين : ألم يكن في الحال عند المدعي .." (١)

"(تنبيه) قال ابن عرفة بعد أن ذكر ما تقدم قلت الأظهر حمل قول مالك على الكراهة خلاف قول ابن القاسم ؛ لأن حقيقة هذا الشرط هو مقتضى الحكم في عدم الطلب في الدنيا لقوله تعالى ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ، فإذا مات عديما فلا ميسرة ، وأما في الآخرة فهم خلاف مقتضى الحكم على ما قاله عز الدين بن عبد السلام أنه يؤخذ من حسنات المدين ، وهذا عندي غرر يسير ؛ لأن أحكام المبايعات إنما هي مبنية على المقصود منها ومقصود الناس بها إنما هو في الأمور الدنيوية ا هـ . قلت : ما قاله ابن عرفة غير ظاهر ؛ لأن الحكم بإنظار المعسر إنما هو بعد الوقوع والنزول . وأما الدخول على ذلك ابتداء فهو غير جائز ؛ لأنه من بيع الغرر ، وهذا ظاهر فتأمله . وقال الشيخ خليل في التوضيح في باب الصداق لما تكلم على تأجيله إلى موت ، أو فراق قال شيخنا يعني الشيخ عبد الله المنوفي رحمه الله تعالى لقوم منها منع من يشتري سلعة إلى الميسرة كقول بعض الفقراء إلى أن يفتح الله علي بالثمن ، وهذا إذا صرح بذلك ابتداء ، وأما إن اشتراه ، ولم يذكر ذلك ابتداء فهو جائز ، وهو محمول على الحلول ا هـ . وكأنه رحمه الله تعالى لم يقف على النص المتقدم وكلامه يدل على ما قلناه من الفرق والله أعلم .(فرع) ومثل ذلك ما إذا اشترى سلعة بثمن إلى أجل ، فإن مات قبله فالثمن عليه صدقة قال في النوادر فهو غرر لا يحل ا هـ . والحكم فيه كما تقدم يفسخ البيع وترد السلعة إن كانت قائمة ، وإن فاتت فالقيمة يوم قبضها قال ومن ذلك من ابتاع سلعة إلى أجل على أنه إن سافر قبل الأجل فالثمن عليه حال ، فإنه يفسخ إن كانت السلعة قائمة ، فإن فاتت ففيها القيمة يوم قبضها قاله في النوادر أيضا قال ولا بأس أن يشترط عليه حميلا إن سافر قبل الأجل قال : وإن باع عبدا إلى أجل وشرط إن لم يقبضه الثمن في الأجل فالعبد حر ، فإنه يلزمه ذلك وليس للمشتري بيع العبد حتى يحل الأجل ، فإن قضاه وإلا عتق ، وإن حل وعليه دين محيط رق والبائع أحق به من الغرماء والله أعلم .(فرع) ومن ذلك أيضا ما وقع في أول سماع أشهب من جامع البيوع فيمن

---

(١) شرح ميارة، ٤/١٠٨

اشترى سلعة وشرط على البائع عند عقد البيع أنه إن ادعاها مدع فثمنها رد علي بغير خصومة قال لا يعجبني هذا ؛ لأنه اشترط ما ليس في كتاب الله تعالى . قال ابن رشد قوله لا يعجبني يدل على أنه رآه بيعا فاسدا لما اقترن به من الشرط وذلك بين ؛ لأنه غرر وقوله اشترط ما ليس في كتاب الله تعالى ، أي خلاف ما أوجبه الكتاب وقرره الشرع المبين عن الله تعالى ، وأنزله في كتابه من أنه لا يأخذ أحدا **بمجرد الدعوى** دون بينة ا هـ . مختصرا . قلت : والحكم فيه كما تقدم أن ترد السلعة إن كانت قائمة ، فإن فاتت فالقيمة والله أعلم .(فرع) ومن ذلك بيع الأرض الموظفة أي التي عليها خراج يسلمه المشتري كل سنة ، وقد أطال الموثقون الكلام فيها ولخص ابن عرفة الكلام في ذلك في آخر الكلام على الشروط في البيع وفرق بين أن يكون ما قرر عليها عند إحيائها ، أو قرر عليها بعد الإحياء وقال إن الذي استقر عليه العمل عندهم أنه يجوز شراء الأرض التي قرر عليها شيء عند إحيائها قال وهي المسماة بأرض الخراج ولا ينبغي أن يختلف في ذلك قال : وأما التي قرر عليها شيء بعد إحيائها فهي التي يسميها الموثقون أرض الوظيفة وأرض الطبل وفيه خلاف وقول ابن القاسم أنه لا يجوز بيعها للجهل في الثمن وأطال في ذلك فليراجعه من أراد وبالله التوفيق .===========." (١)

"#(ما قولكم) في رجل ضاعت له أتانه ثم وجدها عند آخر فرفعه لدى وكيل القاضي وعرفه المدعي أنه اشتراها منذ خمس سنين وأنها ضاعت منه ووجدها عند هذا الرجل فسأل الوكيل المدعى عليه فأجاب بأنه اشتراها منذ سنتين في السوق من رجل فقال المدعي والذي اشتريتها منه معروف فأمره الوكيل بإحضاره فأحضره فلما سئل عن القضية قال تحضر الأتانة بالمجلس فلما حضرت قال بعد اطلاعه عليها هي أتانتي بعينها نتجت عندي وبعتها للمدعي منذ خمس سنين وأحضر بينة شهدت بما قال فحكم وكيل القاضي بدفعها ورفع يد واضع اليد عنها وأمره أن يرجع على بائعه بالثمن ثم بعد عشرة أيام رجع بائع المدعي عمي قاله أولا وقال هذه الأتانة ليست هي التي بعتها للمدعي فهل لا عبرة برجوعه بعد بت الحكم أم كيف الحال أفيدوا الجواب ؟فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم . نعم لا عبرة برجوعه بعد بت الحكم ولا قبله إذ الحكم لم يبت لقوله بل لشهادة البينة وليس هو المحكوم له والله تعالى أعلم .============#(ما قولكم) في رجلين تنازعا على عجل كل منهما يدعي أنه ابن جاموسته نتج عنده فكلف وكيل القاضي واضع اليد بينة تشهد له بصدق دعواه

---

(١) فتاوى ابن عليش، ٣٣١/١

فاستمهله يومين وغاب عشرة أيام ولم يأت بها فتبين أنه ذبحه وصنع به مولدا للسيد البدوي فما الحكم أفيدوا الجواب ؟فأجاب شيخنا أبو يحيى حفظه الله تعالى بما نصه : الحمد لله إن وجدت بينة تعرف العجل قبل ذبحه حكم بالعجل لمن شهدت له به وإن شهدت لكل منهما بما ادعاه سقطت البينتان واستحق العجل من كان حائزا له وإن لم توجد بينة أصلا فالملك للحائز وإن قامت قرينة يظهر بها وجه الحق عمل عليها والله سبحانه وتعالى أعلم .============#(ما قولكم) في رجل اشترى منزلا بثمن معلوم بموجب وثيقة بخط رجل خطيب واستولى المشتري عليه مدة تزيد على خمس سنين ثم قام كاتب الوثيقة وادعى أن أم أبيه أخت البائع يريد أخذ ما يخصه منها بطريق الإرث ، وتوجه مع المشتري إلى عالم مالكي فحكم له في المنزل بخمسة عشر ذراعا **بمجرد الدعوى** ولم يطلب منه بينة تشهد له بثبوت النسب وكتب له بها وثيقة فامتثل المشتري له لاعتقاده صحة حكمه ولم تزل الخمسة عشر ذراعا تحت يد المشتري داخل المنزل حتى أخبره عدل بأن الخطيب كاذب في دعواه وجدته ليست أخت البائع فقام المشتري ونازع الخطيب ورفعه لدى قاض فطلب من الخطيب البينة التي تشهد له بثبوت النسب فطلب مهلة فأمهله مدة تزيد على مدة التلوم الشرعي وبعد مضي تلك المدة حضر وأخبر القاضي بأنه لم يجد بينة واعترف بالعجز فحكم القاضي بعدم استحقاقه شيئا في هذا المنزل وببطلان وثيقته لكونها خالية عن موافقة الشريعة فهل الحكم على هذا الوجه صحيح ويكون العمل به أو كيف الحال أفيدوا الجواب ؟فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نعم الحكم على هذا الوجه صحيح ويكون العمل به واجبا وتقدم النص بذلك في جواب أول أسئلة الباب ، والله تعالى أعلم .===========#(ما قولكم) في رجل اشترى دابة فادعى آخر أنها دابته فقال له المشتري اشتريتها فقال له المدعي ائتني بالبائع وأنا أحقق عليه الدعوى فرجع المشتري على البائع وأخبره فامتنع من الذهاب معه فهل يجبره الحاكم على الذهاب معه لتحقيق الدعوى ، أو يلزمه الثمن بمجرد الامتناع أفيدوا الجواب ؟." (١)

"ولا كفيل بالوجه بالدعوى ، إلا بشاهدs(ولا) يجب على المدعى عليه المنكر (كفيل بالوجه) للمدعى عليه (ب) سبب **مجرد الدعوى**) صلة يجب المنفي ، وذكر أبو علي أن العمل جرى بإلزام المطلوب بحميل ، وجه بالدعوى سواء ادعى الطالب قرب بينته أو بعدها .بناني (إلا ب) شهادة (شاهد

---

(١) فتاوى ابن عليش، ٢/٢٦٣

) واحد وزعم المدعي أنه له شاهد آخر وطلب الإمهال لإحضاره وقال أخاف هروب المطلوب فليأت بوكيل أو كفيل بوجهه فيلزمه لتقوى دعواه بالشاهد وسيأتي آخر الشهادات أنه يجب كفيل بالمال مع الشاهد قاله تت .الحط الاستثناء راجع للكفيل كما يفهم من كفالة المدونة .وفي كتاب الشهادات منها خلاف هذا وأنه يجب للكفيل بالوجه ولو لم يأت بشاهد ، وقد ذكر المصنف كلامها في باب الشهادات ، وكلام الشيوخ عليه في كونه وفاقا أو خلافا .البناني مذهب سحنون أنه لا يجب مع الشاهد إلا حميل بالوجه .وقال ابن القاسم يجب حميل بالمال ذكر الخلاف ابن هشام في المفيد ، وقال مذهب سحنون هو الذي به العمل فينبغي حمل كلام المصنف عليه هنا وفيما يأتي وهو المتبادر منه في الموضعين خلاف ما في التوضيح والله أعلم .." (١)

"(و) لو علق إقراره على شرط كقوله له علي (ألف إن استحل) بها فقال استحللتها (أو) قال له علي ألف (إن أعارني) ثوبه مثلا فأعاره (لم يلزم) الألف المقر لأنه يقول ظننت أنه لا يستحله أو لا يعيرني .وشبه في عدم اللزوم فقال (ك) قوله له علي ألف (إن حلف) فحلف فلا تلزمه إذا كان ذلك (في غير الدعوى) عليه بذلك بأن كان ابتداء لأنه يقول ظننت أنه لا يحلف باطلا ومفهوم في غير الدعوى أنه إذا كان فيها وحلف لزمه ، وانظر هل ذلك **بمجرد الدعوى** عليه عند الحاكم وإن لم يوجه الحاكم اليمين عليه أو بعد توجيهها عليه لا قبله .ابن عرفة الشيخ عن كتاب ابن سحنون من قال لفلان علي مائة درهم إن حلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حين أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان على ذلك ونكل المقر فلا شيء له في إجماعنا ، ومن أنكر ما ادعى عليه به فقال له المدعي احلف وأنت بريء أو متى حلفت أو أنت بريء مع يمينك أو في يمينك فحلف برئ ، ولو قال له الطالب لا تحلف لم يكن له ذلك ، وكذا إن قال المطلوب للمدعي احلف وأنا أغرم فحلف لزمه ولا رجوع له عن قوله ، وقاله ابن عبد الحكم قائلا إن حلف مطلقا أو بطلاقه أو عتق أو صدقة أو إن استحل ذلك أو إن كان يعلم ذلك أو إن أعارني داره أو دابته فأعاره ذلك .(أو) قال له علي ألف إن (شهد) له (فلان) فشهد له فلا يلزمه قاله الإمام مالك " رضي الله عنه " ، وقيده ابن القاسم رحمه الله تعالى بما إذا شهد (غير العدل) قال." (٢)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٧٨/١٣

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٥٦/١٤

"وهو ظاهر مذهب العلماء .ابن عرفة وظاهره إيجاب جوابه بمجرد قوله لي عنده كذا وليس كذلك ، بل لا بد من بيان السبب من سلف أو معاوضة أو بت عطية من مال أجنبي .وذكر شرط أمر المدعى عليه بالجواب فقال (إن خالطه) أي المدعي المدعى عليه (بدين) من قرض أو بيع بثمن مؤجل ولو مرة (أو) خالطه ب (تكرر بيع) بثمن حال ." ق " اللخمي من ادعى قبل رجل دعوى فأنكره فلا يحلفه **بمجرد الدعوى** إلا بما ينضاف إليها من خلطة أو شبهة أو دليل ، وذلك يختلف باختلاف المدعى فيه .الباجي الدعاوى التي تعتبر فيها الخلطة هي المداينة ، فمن ادعى ثوبا بيد إنسان أنه له فأنكره فاليمين على المدعى عليه .ابن زرقون لأنها في دعوى معين .وقيل لا يحلف في دعوى المعين إلا بلطخ أو شبهة .المازري قال المتقدمون كابن القاسم الخلطة أن يبايع إنسان إنسانا بالدين مرة واحدة أو بالنقد مرارا .تت هذا ظاهر كلام البساطي و ه و منصوص .ابن القاسم وتعقبه الشارح بأن الذي ذكره الأشياخ أن الخلطة في توجه اليمين لا في الدعوى والأمر في ذلك قريب .ا هـ .وما ذكره من أن الخلط شرط في توجه اليمين عليه جماعة .وقال ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة وهو الذي عليه عمل القضاة بمصر .ابن عرفة وعليه عمل القضاة عندنا ." غ " في بعض النسخ إن خالطه بأداة الشرط ، وفي بعضها وخالطه بالعطف على ترجح ولا يخفاك ما فيهما معا من القلق ، فإن الخلط شرط في توجه اليمين لا في الأمر بالجواب ، ولا في." (١)

"سماع الدعوى ، وتكليف البينة كما تعطيه عبارتاه .ابن عرفة قطع ابن رشد في سماع أصبغ أن مذهب مالك رضي الله عنه وكافة أصحابه الحكم بالخلطة ، ومثله لابن حارث ونقل ابن زرقون عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة .ابن عرفة ومضى عمل القضاة عندنا عليه ، ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها منه المدعى عليه ، والعجب من ابن عرفة حيث أغفل تمام كلام ابن رشد في السماع المذكور ، ونصه وفي المبسوطة لابن نافع أنه قال لا أدري ما الخلطة ولا أراها ولا أقول بها وأرى الأيمان واجبة على المسلمين عامة بعضهم على بعض ، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ﴾ ، وأغفل أيضا قول المتيطي آخر الحمالة والرهون ، وقال محمد بن عبد الحكم تجب اليمين على المدعى عليه دون خلطة ، وبه أخذ ابن لبابة وغيره .وقال ابن الهندي إن بعض من يقتدى به يتوسط في مثل هذا إذا ادعى قوم على أشكالهم بما يوجب اليمين

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٣٩٣/١٧

أوجبها دون إثبات الخلطة ، وإن ادعى على الرجل العدل من ليس من شكله فلا يوجب عليه اليمين إلا بإثبات الخلطة .وقال أبو الحسن هذه من المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب الإمام مالك رضي الله عنه لأنهم لا يعتبرون خلطة ، ويوجبون اليمين **بمجرد الدعوى** وعليه العمل اليوم .ا هـ .وقبله العبدوسي البناني صواب هذا التأخير عن قوله فإن نفاها واستحلفه إلخ ، ولعل تقديمه من مخرج مبيضته والعمل." (١)

"القاسم في الشهادات فله عليه كفيل (إن لم تعرف) بضم أوله وفتح الراء (عينه) أي المطلوب بأن لم يكن مشهورا وأما إن كان معروفا بعينه فلا يلزمه كفيل بوجهه ؛ لأن البينة تسمع عليه في غيبته ، وهذا تأويل ابن يونس .في الجواب (تأويلات) ثلاثة .ابن عرفة وفيها من ادعى قبل رجل غصبا أو دينا واستهلاكا فإن عرف بمخالطته في معاملة أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب نظر فيه الإمام ، فإما أحلفه له أو أخذ له كفيلا حتى يأتي بالبينة وإن لم تعلم خلطته ولا تهمته فيما ذكر فلا يعرض له .عياض بعضهم جعل له أخذ الكفيل ولم يجعله له في كتاب الكفالة ولغيره هناك كما له هنا .وقال آخرون ظاهره أخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** لقوله ، وأما الدين فإن كان بينهما خلطة وإلا فلا يعرض له فدل أن الوجه الأول بخلافه .عياض يحتمل أن الكفيل بمعنى الموكل به ، وقول من قال لزمه الكفيل بمجرد الدعوة غير بين ، لقوله إن كان يعرف بينهما خلطة في دين " ق " ابن يونس معنى قول غيره له عليه كفيل إذا لم يكن المدعى عليه معروفا مشهورا للطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه ، فإن كان المطلوب معروفا مشهورا فليس للطالب عليه كفيل بوجهه لأنا نسمع البينة عليه في غيبته ، وكذلك معنى قول ابن القاسم .." (٢)

"(و) إن ادعى القاتل على الولي أنه عفا عنه وأنكر الولي ولا بينة عليه به ف (للقاتل الاستحلاف) أي طلب حلف الولي (على) عدم (العفو) على المشهور (فإن) حلف الولي على عدمه سقطت دعوى القاتل واستمر الولي على حقه ، فإن شاء عفا ، وإن شاء اقتص ، وإن (نكل) الولي عن اليمين على عدم عفوه (ردت) بضم الراء اليمين على القاتل (وحلف) القاتل يمينا (واحدة) على عفو الولي عنه لأن الولي إنما كان يحلف واحدة واليمين ترد على نحو ما تتوجه أولا (و) إن حلف القاتل على العفو عنه (برئ) من القتل ، وإن نكل قتل .ابن عرفة فيها إن ادعى الجاني عفو ولي استحلفه ، فإن نكل حلف

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٧/٣٩٤

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٨/٣٨٧

القاتل الصقلي إنما يحلف القاتل يمينا واحدة لأنها التي كانت على المدعى عليه .عياض يقوم منه إلزام اليمين في الدعوى المجردة ، وفي دعوى المعروف في هبة ثمن المبيع والكراء والإقالة وهو أصل متنازع فيه ، ولهذا لم يرِ أشهب يمينا في دعوى العفو ، واختلف شيوخنا في التنازع فيه فقيل هو اختلاف قول ، وقيل اختلاف حال ، فلا تلزم اليمين **بمجرد الدعوى** ، وتلزم مع وجود التهمة .ثم قال ابن عرفة الشيخ لأشهب في الموازية لا يمين على الولي لأن الحلف في الدم إنما هو خمسون يمينا فهذا أراد أن يوجب عليه مع البينة قسامة أو مع القسامة قسامة أخرى ، ولو رضي بيمين واحدة فلا يكون له ذلك ، ألا ترى لو استحلفه فلما قام ليقتله قال عفا عني .قلت هذا يرد تعليل قوله بعدم توجه يمين بمجرد دعوى المعروف .." (١)

"الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من الأنصار ﴿ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر وبدأ بهم يحلف منكم خمسون رجلا فأبوا ، فقال للأنصار احلفوا واستحقوا ، فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود خيبر ﴾ ، لأنه وجد بين أظهرهم .وخرج مالك رضي الله عنه الحديث في موطئه أبو عمر لم يحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بشيء لإباية المدعي من الأيمان ومن قبول أيمان اليهود وتبرع بجعل الدية من مال الله تعالى لئلا يبطل دم مسلم ، وما علمت في شيء من الأحكام المدونة عنه صلى الله عليه وسلم من الاضطراب والتضاد والتدافع ما في هذه القصة ، وهي قصة واحدة ، واختلف العلماء كثيرا في القسامة وما يوجبها ، والأيمان فيها ومن يبدأ بها ، وهل يجب القود بها أو لا يستحق غير الدية .الرصاع معنى أو جزئها ، أي حلف جزء خمسين يمينا ليدخل به حلف ورثة الدم في دية الخطأ ، فإنه على قدر المواريث والقسامة (سببها) أي القسامة التي لا تصح بدونه (قتل) لا جرح (الحر) لا قتل الرق من إضافة المصدر لمفعوله (المسلم) لا قتل الحر الكافر سواء قتله مسلم أو كافر (في محل اللوث) بفتح اللام وسكون الواو فمثلثة أي التهمة ، وفسره المصنف بأنه أمر ينشأ عنه غلبة ظن صدق المدعي ، وتعقب بشموله البينة والإضافة للبيان ، وفي بمعنى مع فلا قسامة **بمجرد الدعوى** .ابن عرفة فيها لابن القاسم " رحمه الله " ليس في." (٢)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، ١٢١/١٩

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٦٦/١٩

"الحادي عشر: إن هؤلاء الذين أراد أن يشرع أخذ المال منهم، لايخلو أما أن يكون ثبت عليهم موجبات الحدود أولا، فإن زعم أنهم الذين ثبتت عليهم موجبات الحدود، فذلك خروج عن الإسلام، كما قاله جماعة من الأئمة الاعلام في نظير هذا الكلام، وإن كان شرع منهم الأخذ **بمجرد الدعوى** أو بها، وبالتهمة الضعيفة أو القوية، فهذا باطل أيضا، وذلك لأن حرمة المال أقوى من حرمة الحدود، إذ أثبت موجباتها، ثم عارض ذلك بشبهة درء الحد الواجب بالشبهة، وليس المال كذلك، فإنه أسقط الحد الذي وجب ما درأه من الشبهة، فلأن يسقط غرم المال الذي لا أصل له للزومه أولى وأيضا، فإن الحد يسقط بعد الإقرار بالرجوع، بخلاف المال. وأيضا، فإن المقر بالحد يستفسر لعل له تأويلا ولو بعد، بخلاف المال. وأيضا، فإن العبد يقر بالحد فيقام عليه، بخلاف المال. فدل على أن حرمة المال أقوى من حرمة الحد، فكيف يجب الحد حيث لا يجب المال؟قوله:وهذا الذي تدل عليه بعض المسائل المالكية، والقواعد الشرعية والاجتهادية.أقول: حاشى لله أن تشهد لذلك مسألة أو قاعدة، بل الشريعة طافحة بمنع الظلم أو أكل أموال الناس بالباطل، وهذا كله قطعي، حسبما تقف على أدلته.." (١)

"قلت: لم يقع من مالك إنكار سبب الغرم، أي غرم الصداق. إنما أنكر على مروان القضاء، مثل أن يثبت بالشاهدين، بل **بمجرد الدعوى** حسبما صرح به ابن القاسم. فلو كانت الدعوى أيضا لاتوجب عليه غرم الصداق لكان إنكاره لذلك ألزم وأظهر، فبانحصار جهة الإنكار في القضاء قبل قيام البينة، دليل على أنه قد أتى في دعواها ما يوجب عليه الغرم للصداق.قال محمد بن رشد: ما تضمنته هذه الحكاية من أن مروان قضى للمرأة بدعواها على الكري الذي ادعت عليه أنه أرادها عن نفسها وكشف عنها ثيابها مع الشبهة التي ألحقت به التهمة وتحققت التهمة والظنة هو من القضاء الذي لا يأخذ به مالك، ولايرى العمل عليه، ولا يرى القضاء به، إذ لايرى العقوبات في الأموال، لأن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام ثم نسخ. من ذلك ما روي عن النبي (٥٠=٢٠٩/أ) صلى الله عليه وسلم في مانع الزكاة "أنا آخذوها وشطر وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا"، وماروي عنه في حريسة الجبل "أن فيها غرامة مثيلها وجلدات نكال"، وما روي عنه أيضا: "من وجدتموه يصيد في الحرم فسلبه لمن وجده"، كل ذلك كان في أول الإسلام وحكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ثم انعقد الإجماع على أن ذلك لا يجب وعادت العقوبات على الجرائم في الأبدان. وقد أنكر ذلك على مروان بن الحكم، فقال على وجه الإنكار عليه: ولقد كان يوتي بالرجل

---

(١) مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، ص/١٧٢

يقبل المرأة فينزع ثنيته. وهذه نهاية في الإنكار والعقوبات على الجرائم عند مالك إنما هي في الأبدان على قدر اجتهاد الوالي وعظم جرم الجاني(١).فانظر كيف بتر هذا الكلام، فنقل عن صاحب البيان أن عمر ـ رضي الله عنه ـ حكم به، ولم يذكر النسخ. ونقل أن مروان بن الحكم حكم به، ولم يذكر إنكار مالك لذلك. هذا كله ليوهم أن هذه الأشياء التي جاء بها معمول بها، وهي على العكس من ذلك.______________(١) : تصرف المؤلف في نقل النص، قارن مع البيان والتحصيل ١٦/٢٧٨-٢٧٩.." [1]

"الاستهلاك بالمبادلة الاختيارية ومذهب ابن القاسم فيها البناء على حول الأصل ومذهب أشهب الاستقبال كما مر قريبا عند قول المصنف كمبدل ماشية تجارة ` إلخ وإذا علمت ذلك ظهر لك أن الأولى جعل المبالغة في قول المصنف ولو لاستهلاك راجعة للعين والنوع كما قال ح وتبعه شارحنا حيث قال : ولو كان الإبدال المذكور وأن المردود عليه بلو قول ابن القاسم الثاني في النوع وقول أشهب بالاستقبال في العين والنوع كذا ذكر شيخنا ثم إنه على قول ابن القاسم بالبناء على حول الأصل في إبدال الاستهلاك قال عبد الحق محله ما لم تشهد بينة بالاستهلاك وإلا استقبل به وقال غيره إن الخلاف الذي لابن القاسم مطلق أي كان الاستهلاك **بمجرد الدعوى** أو كان ثابتا ببينة انظر بن (قوله أبدله بنصاب عين) فلو أبدله بأقل من نصاب العين أو الماشية فلا زكاة عليه اتفاقا .(قوله فإنه يبني على حول أصلها) أي من يوم ملك رقابها أو زكاها (قوله فيهما) أي في إبداله بعين أو نوعها ولا يقال إذا كان الإبدال بعين إنه يبني على حول الثمن الذي اشترى به الماشية المبدلة أي من يوم ملكه أو زكاه كما تقدم في مسائل التجارة خلافا لما قاله بعضهم إذ ما قاله الشارح هو النقل (قوله فإن لم تكن) أي ماشية القنية المبدلة (قوله لا إن أبدل ماشية التجارة) أي سواء كانت نصابا أم لا وقوله أو القنية أي والحال أنها نصاب بمخالفها وهذا مخرج من قوله سابقا وبنى لكن بالنظر لقوله أو نوعها وقوله أو." [2]

"ثم ذكر السبب الخامس من أسباب الحجر وهو المرض المخوف فقال (وعلى مريض) أو من تنزل منزلته بدليل تمثيله للقسمين (حكم الطب) أي أهله العارفون به (بكثرة الموت به) أي بسببه أو منه ولو لم يغلب (كسل) بكسر السين مرض ينحل به البدن فكأن الروح تنسل معه قليلا قليلا (وقولنج

---

(١) مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، ص/٢١٢

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤/٢٤٤

) بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام وتكسر مرض معوي مؤلم يعسر معه خروج الغائط والريح وقوله معوي بكسر الميم وفتح العين نسبة للمعى (وحمى قوية) حارة تجاوز العادة في الحرارة مع إزعاج البدن والمداومة (وحامل ستة) أي أتمتها ودخلت في السابع ولو بيوم هذا هو الراجح خلافا لظاهره (ومحبوس لقتل) ثبت عليه بالبينة أو الاعتراف وأما الحبس **لمجرد الدعوى** ليستبرئ أمره فلا يحجر عليه (أو) مقرب (لقطع) لا محبوس له فالمعطوف محذوف (إن خيف الموت) يعني أن من قرب أن تقطع يده أو رجله وخيف بالقطع موته فإنه يحجر عليه (وحاضر صف القتال) وإن لم يصب بجرح (لا) خفيف مرض (كجرب) ورمد أو ضرس أو حمى يوم بعد يوم من كل ما لا ينشأ عنه موت عادة (و) حجر على (ملجج) أي سائر في اللجة (ببحر) ملح أو غيره ولو عائما أحسن العوم (ولو حصل الهول) أي الفزع بشدة الريح أو غيرها والحجر على المريض المخوف (في غير مؤنته وتداويه) لا فيهما ؛ لأن بهما قوام بدنه (و) غير (معاوضة مالية) لا مالية كقراض ومساقاة وبيع وشراء ونحوها مما فيه تنمية لماله فإن حابى في المالية." [1]

"للأول قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ الحميل غارم والزعيم غارم ﴾ .(قوله : وزعيم) من الزعامة وهي السيادة لغة والضامن كالسيد للمضمون .(قوله : عن التقييد بشيء) أي الوجه أو الطلب أو المال (قوله بلفظ أو قرينة) في خش المراد بالمطلق الذي لم يقيد بمال ولا وجه لا بلفظ ولا نية إذ لو نوى شيئا اعتبر كما في المدونة فاحترز بقوله مطلقا عما لو قال أردت بما ذكر المال أو الوجه فيلزمه ما نواه .(قوله : لا إن اختلفا) هذا مخرج من مقدر أي ولزم ذلك أي المال لا إن اختلفا أي في الشرط أو الإرادة فلا يلزمه ذلك فإذا قال الضامن : إنما شرطت ضمان الوجه أو أردته وقال الطالب : بل المال كان القول قول الضامن بيمين وذلك لأن الطالب يدعي عمارة ذمة الأصل براءتها فمراد المصنف اختلافهما في شيء مخصوص وحينئذ لا يدخل في كلامه اختلافهما في حلول المضمون فيه وتأجيله أي هل وقع حالا أو مؤجلا لأن القول قول مدعي الحلول ولو كان هو الطالب اتفاقا وأما لو اختلفا في حلول أجله وعدم حلوله فالقول قول مدعي عدم الحلول .(قوله فلا يجب على المدعى عليه إقامة وكيل بذلك) أي ولو أقام المدعي شاهدا بالحق ولم يحلف معه لرجاء قدوم الشاهد الثاني من غيبته (قوله من أنه يجب كفيل بالوجه) أي

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٣/٢٩٠

بمجرد الدعوى سواء ادعى الطالب قرب بينته أو بعدها قال أبو علي المسناوي وهذا القول هو الذي جرى به العمل ا هـ بن .(قوله والباء سببية) أي ولا يجب إقامة وكيل ولا كفيل بسبب الدعوى أي." [1]

"(قوله استحق أفضلهما بحرية) أي بثبوتها ولا عبرة بمجرد الدعوى ولو كان في محل مشهور ببيع الأحرار وقيل يطالب السيد بإثبات الرق في هذا ذكر هذا الخلاف ح قوله وله التمسك بالباقي) إذ ليس فيه بيع مؤتنف بثمن مجهول (قوله بمعنى على) أي فالمعنى يجب على المشتري رد أحد عبدين استحق أفضلهما أي ولا يجوز له أن يتمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن ؛ لأنه لا يعلم حصة ذلك إلا بعد التقويم ، والفض فكان التمسك بيع مؤتنف بثمن مجهول وعلمت أن الممنوع إنما هو التمسك بالباقي بحصته من الثمن .وأما تمسكه به بجميع الثمن فهو جائز (قوله كأن صالح إلخ) حاصله أنه إذا اشترى عبدا ، ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالحه البائع عن ذلك العيب بعبد آخر دفعه له فكأنه اشتراهما صفقة واحدة فإذا استحق أحدهما فإنه ينظر فيه هل هو وجه الصفقة فيتعين رد البيع ، أو لا فيقوم كل منهما ويفض الثمن عليهما بالنظر لقيمتهما ويتمسك بالباقي بما يخصه من الثمن بميزان القيمة ، ثم إن العبد المأخوذ صلحا يقوم يوم الصلح بلا خلاف .وأما الأول الذي وقع عليه البيع فهل يقوم يوم الصلح ؛ لأنه يوم تمام القبض ، أو يقوم يوم البيع ؟ في ذلك تأويلان ، الأول رجحه شيخنا العدوي قال ؛ لأن التأويل الثاني عابه أبو عمران الفاسي (قوله بعبد) أي كان ذلك العيب بعبد (قوله اشتري منه به) أي اشتري ذلك العبد من البائع بالعيب (قوله ، ثم استحق أحدهما) أي الأول ، أو." [2]

"(قوله ولا من شهد له بكثير) الأولى تجريده من لا لأنه منخرط في سلك ما قبله وقوله بكثير في نفسه أي لا بالنسبة لما شهد به لغيره وقوله أي شأنه إلخ بيان للكثير في نفسه (قوله فلا تصح) أي الوصية له ولا لغيره أي لأن الشهادة إذا بطل بعضها للتهمة بطل كلها بخلاف ما بطل بعضها للسنة فإنه يمضي منها ما أجازته السنة فقط كشهادة رجل وامرأتين بوصية بعتق وبمال فإنها ترد في العتق لا في المال كمسألتنا هذه في بعض صورها (قوله أو أقل) أي كعشرة وقوله أو أكثر أي كستين مثلا (قوله بقليل أو كثير) أخذ الشارح ذلك من حذف المصنف المتعلق المؤذن بالعموم (قوله يأخذ بالتبع) أي لما يأخذه المشهود له لأنه ليسارته غير منظور له وبهذا يلغز ويقال دعوى أخذت بشاهد بلا يمين أو يقال شيء أخذ

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٦٦/١٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٥/١٥

من مال الغير **بمجرد الدعوى** بقي شيء آخر وهو أن ما ذكره الشارح من التبعية إنما يظهر إذا شهد لنفسه بقليل ولغيره بكثير لا فيما إذا شهد لنفسه بقليل ولغيره بقليل أيضا فمقتضاه أنه يحلف إذا لم يوجد إلا هو كما يحلف غيره فتأمل (قوله بطل حق الشاهد) أي كما يبطل حق المشهود له (قوله ومحل كلام المصنف) أي قبولها لهما إذا شهد لنفسه بقليل (قوله ولو قل) أي ولو قل ما شهد به لنفسه والبطلان في هذه المسائل للسنة لا للتهمة (قوله فلا تقبل له ولا لغيره مطلقا) أي سواء شهد لنفسه بكثير أو بقليل والفرق بين الوصية وغيرها أن الموصي قد يخشى." (١)

"(قوله ويجوز له حينئذ) أي حين إذا كان بينه وبين محل أدائها مسافة القصر إذا سافر لأدائها أن ينتفع إلخ (قوله وحلف) أي المدعى عليه أي قضى بحلفه (قوله كزوج وسيد) هذا مثال للمدعى عليه (قوله بسبب إقامته) أي الشاهد وقوله عليه أي على المدعى عليه (قوله فأقام المدعي) أي بالطلاق أو بالعتق أو بالقذف (قوله على ما ذكر) أي من الطلاق والعتق والقذف (قوله فيحلف المدعى عليه) أي أنه ما طلق ولا أعتق ولا قذف (قوله لا في نكاح ادعاه أحد الزوجين على الآخر) أي والحال أنهما غير طارئين وأقام المدعي شاهدا أو امرأتين فلا يحلف المدعى عليه المنكر لرد شهادة الشاهد بخلاف الطارئين فإن المدعى عليه المنكر يحلف مع إقامة الآخر شاهدا لا **بمجرد الدعوى** لما مر من أن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها (قوله فمتى حلف ترك) أي فثمرة اليمين لرد شهادة الشاهد دفع الحبس عنه (قوله بين ما ذكر) أي من الطلاق والعتق والقذف (قوله لو أقر به ثبت) فإذا ادعت المرأة على زوجها بطلاق فأنكره فأقامت شاهدا فأقر به لزمه وإذا ادعى العبد على سيده أنه أعتقه فأنكر فأقام شاهدا فأقر السيد به لزمه وإذا ادعى على إنسان بالقذف فأنكر فأقام شاهدا عليه فأقر به لزمه الحد وأما لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوج بها فأقر بذلك بعد إنكاره وإقامة الشاهد فلا يثبت النكاح أو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها فصدقته المرأة بعد إنكارها وإقامة." (٢)

"دليل لم يلزمه ما نصه : يلحق بالثلاث الرجعة والمشهور اللزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ ثلاث هزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ﴾ وهو حديث حسن غريب والقول بعدم اللزوم في السليمانية لكن إنما ذكره في النكاح ، والقول الثالث في كلام المصنف

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢٤٣/١٧

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٦٢/١٧

نقله ابن شاس عن اللخمي ابن عبد السلام والذي يحكيه غير واحد إنما هو قولان وما ذكر من القول الثالث وهو شرط قيام دليل على عدم اللزوم يعدونه من تمام القول الثاني ؛ لأن الهزل لا يثبت **بمجرد الدعوى** لكن ذكر بعض المتأخرين أنه اختلف أنه إذا قال : تزوجني وليتك ، أو تبيعني سلعتك فقال : قد بعتها من فلان ، أو زوجتها على أربعة أقوال : يلزم ولا يلزم والفرق بين أن يدعي ذلك بأمر متقدم ، أو لا يدعيه إلا بذلك اللفظ والفرق فيلزم في النكاح لا البيع والقول الثالث يشبه الثالث من كلام المصنف انتهى كلام التوضيح ونحوه لابن عبد السلام وابن فرحون إذا علم ذلك فما ذكره المشذالي عن القابسي أنه قال معناه إذا ادعى الهزل بعد الرضا ، وأما إن علم الهزل ابتداء فلا يلزم ونحوه لابن القاسم ومثله للخمي في كتاب الغرر ، وغيره مخالف للمشهور الذي ذكره ابن رشد والمصنف في التوضيح واقتصار المشذالي عليه يوهم أنه المذهب وكذلك اقتصار الشيخ أبي الحسن الصغير على كلام اللخمي يقتضي أنه المذهب وقد علمت أنه خلاف المشهور والله أعلم .وما ذكره المصنف في التوضيح من." (١)

"الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة وفيها من الخلاف غير هذا ، انتهى .وفي الفصل الثاني من مفيد الحكام ابن أبي زمنين : ومن لزمتك له يمين بلا بينة إلا **بمجرد الدعوى** في قول من يرى ذلك فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلي لأدخلها في يمين ولو لزمتك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها لأدخلها في يميني ؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه وهذا الذي أخذناه عن مشيختنا ، انتهى .ولم يحك فيه خلافا وبهذا جرى العمل في هذا الزمان وذكر في التبصرة بعد هذه المسألة في الموضع الثاني مسألة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا وهي من ادعى بحقوق وزعم أنه لا بينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لا بينة له فيه بينة ويبقى على إقامة البينة فيما له فيه فإنه إن التزم أنه إن لم تقم له بينة فيما زعم أن له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فإنه يحلفه الآن فإن أقام البينة وإلا فلا يمين له عليه وإن لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة فإن أقامها وإلا جمع دعاويه وحلف له على الجميع ، انتهى." (٢)

"النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب وإن كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة ، انتهى .ونقله في الذخيرة في أول كتاب الدعاوى وصدره

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٤١/١٠

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٣٣/١٧

بقوله إذا دعي خصم من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة إلى آخره وذكر ما تقدم فدل على أن مسافة العدوى هي مسافة القصر وفي المسائل الملقوطة اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب **بمجرد الدعوى** أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب ، والذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين للمدعي أن للدعوى أصلا وهي رواية عن أحمد ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد في رواية أنه يحضر **بمجرد الدعوى** والأول أولى ؛ لأن الدعوى قد لا تتوجه فيبعث إليه من مسافة العدوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه ، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجلس الحك١م مزر به فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك ، من التبصرة ، انتهى .." (١)

"(فرع) ومن ذلك أيضا ما وقع في أول سماع أشهب من جامع البيوع فيمن اشترى سلعة وشرط على البائع عند عقد البيع أنه إن ادعاها مدع فثمنها رد علي بغير خصومة قال لا يعجبني هذا ؛ لأنه اشترط ما ليس في كتاب الله تعالى . قال ابن رشد قوله لا يعجبني يدل على أنه رآه بيعا فاسدا لما اقترن به من الشرط وذلك بين ؛ لأنه غرر وقوله اشترط ما ليس في كتاب الله تعالى ، أي خلاف ما أوجبه الكتاب وقرره الشرع المبين عن الله تعالى ، وأنزله في كتابه من أنه لا يأخذ أحدا **بمجرد الدعوى** دون بينة ا هـ . مختصرا . قلت : والحكم فيه كما تقدم أن ترد السلعة إن كانت قائمة ، فإن فاتت فالقيمة والله أعلم .." (٢)

"(ما قولكم) في رجل اشترى منزلا بثمن معلوم بموجب وثيقة بخط رجل خطيب واستولى المشتري عليه مدة تزيد على خمس سنين ثم قام كاتب الوثيقة وادعى أن أم أبيه أخت البائع يريد أخذ ما يخصه منها بطريق الإرث ، وتوجه مع المشتري إلى عالم مالكي فحكم له في المنزل بخمسة عشر ذراعا **بمجرد الدعوى** ولم يطلب منه بينة تشهد له بثبوت النسب وكتب له بها وثيقة فامتثل المشتري له لاعتقاده صحة حكمه ولم تزل الخمسة عشر ذراعا تحت يد المشتري داخل المنزل حتى أخبره عدل بأن الخطيب كاذب في دعواه وجدته ليست أخت البائع فقام المشتري ونازع الخطيب ورفعه لدى قاض فطلب من الخطيب البينة التي تشهد له بثبوت النسب فطلب مهلة فأمهله مدة تزيد على مدة التلوم الشرعي وبعد مضي تلك المدة حضر وأخبر القاضي بأنه لم يجد بينة واعترف بالعجز فحكم القاضي بعدم استحقاقه شيئا في هذا المنزل

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ١٨٦/١٧

(٢) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٣٦٣/٢

وببطلان وثيقته لكونها خالية عن موافقة الشريعة فهل الحكم على هذا الوجه صحيح ويكون العمل به أو كيف الحال أفيدوا الجواب ؟." [1]

"ثم استثنى من ذلك مذهب الشافعية وفيه نظر ظاهر لما تقدم في " الإفصاح " وغيره مما تقدم ويأتي.الرابع: قال ابن عبد البر في " التمهيد " (٦/ ٣٦٤) - وقد ذكر أن المرأة كلها عورة إلا الوجه والكفين وأنه قول الأئمة وأصحابهم وقول الأوزاعي وأبي ثور -:" على هذا أكثر أهل العلم وقد أجمعوا على أن المرأة تكشف وجهها في الصلاة والإحرام وقال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث: كل شيء من المرأة حتى ظفرها "ثم قال ابن عبد البر:هذا خارج عن أقاويل أهل العلم لإجماع العلماء على أن للمرأة أن تصلي المكتوبة ويداها ووجهها مكشوف ذلك كله منها تباشر الأرض به وأجمعوا على أنها لا تصلى متنقبة ولا عليها أن تلبس قفازين في الصلاة (١) ... وفي هذا أوضح الدلائل على أن ذلك عورة، وجائز أن ينظر إلى ذلك منها كل من نظر إليها بغير ريبة ولا مكروه وأما النظر للشهوة فحرام تأملها من فوق ثيابها لشهوة فكيف بالنظر إلى وجهها مسفرة وقد روي نحو قول أبي بكر هذا عن أحمد بن حنبل (٢).______________(١) ١ - قلت: وهذا مما خالف فيه التويجري فأوجب على المرأة أن تستر وجهها وكفيها حتى ظفرها في الصلاة إذا كانت تصلي بحضرة الأجانب دون حجة سوى **مجرد الدعوى** مع مخالفته ما كان عليه النساء في عهده صلى الله عليه وسلم كما سترى في الكتاب في قصة الرجل الذي كان ينظر إلى المرأة في الصلاة (ص ٧٠) مع مخالفته في ذلك لقول ابن عبد البر هذا والإجماع الذي نقله(٢) ٢ - قلت: قول أحمد هذا رواه أبو داود أيضا في " مسائل الإمام أحمد " (ص ٤٠)." [2]

"(إن النسخ لا يلجأ إلى القول به ما دام التوفيق بين الأحاديث ممكنا بحيث لا يرد شيء من الأدلة) وهذا حق لا ريب فيه وهو من المقرر في علم الأصول ولكنه مع الأسف لم يستقر عليه الدكتور بل رجع إلى ادعاء النسخ معارضا بذلك الأخذ بأحاديث التحريم فقال:

(إن الفريقين لما تجاذبا دعوى النسخ احتجنا إلى النظر في التاريخ للترجيح بين المذهبين وتعيين الناسخ والمنسوخ والتاريخ يؤيد نظر الجمهور.

فإنه لا شك في أن الصحابة في ابتداء الإسلام كانوا في أمس الحاجة للمال. . . ولقد قسم الأنصار أموالهم

---

(١) فتح العلي المالك (فتاوى ابن عليش)، ٥/٨٤

(٢) أحكام النساء - مستخلصا من كتب الألباني، أبو مالك بن عبد الوهاب ص/١٦٩

مناصفة بينهم وبين المهاجرين فكان التختم بالذهب في تلك الفترة بطرا وترفا فلما مضت الأيام وفتحت على رسول الله صلى الله عليه وسلم الفتوحات صار الناس في رخاء العيش فأباح النبي صلى الله عليه وسلم لبس الذهب لزوال المانع).

قلت: وجوابي عليه من وجوه:

الأول: أنه لم يذكر نصا تاريخيا يؤيد تأخر المبيح عن الحاظر يرجح به نظر الجمهور وإنما هو **مجرد الدعوى** أن الإباحة كانت بعد رخاء العيش فأين الدليل عليها؟

الثاني: هذه الدعوى لو صحت لزم منها أن يكون تحريم الذهب على الرجال قد شرع في الوقت الذي حرم على النساء إن لم يكن تقدم عليه وكل عاقل يفهم من قوله: [في ابتداء الإسلام) أنه يعني في مكة أو في أول الهجرة على أبعد تقدير وإذا كان كذلك فنحن نقطع ببطلان هذه الدعوى لأن تحريم الذهب على الرجال إنما كان في أواخر الأمر كما نص على ذلك." (١)

"العلماء في القول بهذا الحديث فمنهم من قال به ومنهم من رده ولم يستعمله وممن قال به مالك بن أنس والشافعي وأحمد وإسحاق وجمهور أهل الحديث ذكر أسد وسحنون عن ابن القاسم أنه قال له أيأخذ مالك بهذا الحديث فقال قلت لمالك تأخذ بهذا الحديث قال نعم وقال مالك أو لأحد في هذا الحديث رأي قال ابن القاسم وأنا آخذ به إلا أن ملكا قال لي أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم قال وأهل مصر عيشهم الحنطة قال أبو عمر رده أبو حنيفة وأصحابه وزعم بعضهم أنه منسوخ وأنه كان قبل تحريم الربا وبأشياء لا يصلح لها معنى إلا **مجرد الدعوى** وقد روى أشهب عن مالك نحو ذلك ذكر العتبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر فقال قد سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما أعلف وضمن قيل." (٢)

"وقيل للمصراة محفلة لأن اللبن اجتمع في ضرعها فصارت حافلةوالحافل الكثيرة اللبن العظيمة الضرع ومنه قيل مجلس حافل إذا كثر فيه القومأخبرنا عبد الوارث بن سفيان قال حدثني قاسم بن أصبغ قال حدثني أبو يحيى بن أبي مسرة قال حدثني المقرئ قال حدثني المسعودي عن جابر عن أبي الضحى عن مسروق

---

(١) أحكام النساء - مستخلصا من كتب الألباني، أبو مالك بن عبد الوهاب ص/١٩٥

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ابن عبد البر ٢٠٢/١٨

قال قال عبد الله بن مسعود وأشهد على الصادق المصدوق أبي القاسم صلى الله عليه وسلم أنه قال ((بيع المحفلات خلابة ولا تحل خلابة المسلم))قال أبو عمر من روى لا تصروا الإبل ولا الغنم فقد أخطأ ولو كانت تصروا لكانت مصرورة وهذا لا يجوز عندهوأما قوله صلى الله عليه وسلم ((لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر)) فقد اختلف الفقهاء في القول بهذا الحديث فمنهم من قال به واستعمله ومنهم من رده ولم يستعملهوممن قال به مالك بن أنس وهو المشهور عنه وهو تحصيل مذهبهوبه قال الشافعي وأصحابه والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وجمهور أهل الحديثذكر أسد وسحنون عن بن القاسم أنهما قالا له أيأخذ مالك بهذا الحديث فقال قلت لمالك أتأخذ بهذا الحديثقال نعمقال مالك أو في الأخذ بهذا الحديث رأيوقال بن القاسم وأنا آخذ به لأن مالكا قال لي أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهمقال وأهل مصر عيشهم الحنطةقال أبو عمر رد أبو حنيفة وأصحابه هذا الحديث وادعوا أنه منسوخ وأنه كان قبل تحريم الربا وأتوا بأشياء لا يصح لها معنى غير **مجرد الدعوى**وقد روى أشهب عن مالك نحو ذلك." (١)

"قضى فيه باليمين مع الشاهد عندهم في طلاق ولا عتق ولا فيما عدا الأموال على ما وصفناوأما من لا يقول باليمين مع الشاهد فهو أحرى بذلك ولكن الشافعي ومن قال بقوله موجبون اليمين وردها في كل دعوى مال وغير مال طلاقا كان أو عتقا أو نكاحا أو دما إلا أن يكون مع مدعي الدم دلالة كدلالة الجاريتين على يهود خيبر فيدعي حينئذ المدعون بالأيمان وتكون قسامة وإن لم تكن دلالة حلف المدعى عليه كما يحلف فيما سوى الدموقول أبي حنيفة في دعوى المراة الطلاق وقول العبد العتق كقول الشافعي يستحلف السيد والزوج لهما الا انه يقضي عليهما بالنكول دون يمين على مذهبهم في ذلكوقال الشافعي ولو ادعى انه نكح امرأة لم أقبل دعواه حتى يقول نكحتها بولي وشاهدي عدل ورضاها فإن حلفت برئت وان نكلت حلف وقضى لها بأنها زوجتهواختلف الفقهاء في تحليف زوج المرأة المدعية للطلاق وتحليف سيد العبد المدعي للعتق عليه سيده هل تجب اليمين على السيد أو الزوج **بمجرد الدعوى** من المرأة أو العبد أم لافقال مالك لا يمين على الزوج ولا على السيد حتى تقيم المرأة شاهدا واحدا عدلا بأنه طلقها أو يقيم العبد شاهدا عدلا بأن سيده أعتقه فإذا كان كذلك وجبت اليمين على سيد العبد في دعوى العتق

---

(١) الاستذكار ابن عبد البر ٦/٥٣٢

وعلى الرجل لامرأته في دعوى الطلاقوهذا نحو قوله رحمه الله في الخلطة لأنه لم يوجب يمينا للمدعي على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** حتى تثبت الخلطة بينهماوقال أبو حنيفة والشافعي وجمهور العلماء (إن اليمين) واجبة على زوج المرأة المدعية بالطلاق وعلى سيد العبد المدعي للعتق **بمجرد الدعوى** ولا تجب عند الشافعي يمين مع شاهد في غير الأموالوأما الكوفيون فلا يقولون باليمين مع الشاهد في الأموال ولا في غيرها على ما تقدم عنهمواختلف أصحاب مالك في معنى هذه المسألة في الذي شهد عليه شاهد واحد لزوجته أنه طلقها أو لعبد أنه أعتقه فأبى من اليمين." (١)

"(٦ - باب القضاء في الدعوى)١٣٩٣ - مالك عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعي على الرجل حقا نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذي ادعي عليه وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفهقال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا أنه من ادعى على رجل بدعوى نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه فإن حلف بطل ذلك الحق عنه وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقهقال أبو عمر قد مضى القول في رد اليمين واختلف الفقهاء في اليمين على المدعى عليه هل تجب **بمجرد الدعوى** دون خلطة أو ملابسة تكون بين المتداعيين أم لافالذي ذهب إليه مالك وأصحابه ما ذكره عمر بن عبد العزيز في (الموطأ) أن اليمين لا تجب (إلا) بالخلطةوهو قول جماعة من علماء المدينةذكر إسماعيل بن إسحاق قال حدثني سليمان بن حرب قال حدثنا حماد بن سلمة عن إياس بن معاوية عن القاسم بن محمد قال إذا ادعى الرجل الفاجر على الرجل الصالح شيئا يعلم الناس أنه فيه كاذب ولا يعلم أنه كان بينهما أخذ ولا إعطاء لم يستحلفقال وحدثنا بن أبي أويس عن أبي الزناد قال كان عمر بن عبد العزيز يقول إنا - والله لا نعطي اليمين كل من طلبها ولا نوجبها إلا بشبيه بما يوجب به المالقال أبو الزناد (يريد بذلك) المخالطة واللطخ والشبهقال وذلك الأمر عندناقال أبو عمر المعمول به عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل التجار بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للشراء والبيع من غريب وغيره وعرف به فاليمين عليه بمن ادعى معاملته ومداينته فيما يمكن وما كان بخلاف هذه الحال مثل المرأة." (٢)

---

(١) الاستذكار ابن عبد البر ١١٨/٧

(٢) الاستذكار ابن عبد البر ١٢١/٧

"المدعي واليمين على من أنكر) وقال – صلى الله عليه وسلم –: (شاهداك أو يمينه)، وروى مسلم في صحيحه (اليمين على نية المستحلف) (١) وفي لفظ آخر: (على ما يصدقك فيه صاحبك) (٢).فأما البينة فهي لإثبات الحق وأما اليمين فهي لرفع التهمة ورفع النزاع بين المتخاصمين فاستمدت من أصلين المصلحة والتهمة حسب ما بيناه في البيوع ووفى هذه القاعدة مالك رحمة الله عليه وحده حقها دون سائر العلماء فقال: إن اليمين لا توجه **لمجرد الدعوى** حتى تقترن بها شبهة وذلك مستمد من قاعدة صيانة الأعراض لأن الرجل يدعي على الرجل ليونة باليمين وصيانة العرض على الحقيقة والتهمة واجبة كما هي في الدم والمال ولهذا تفطن عمر بن عبد العزيز وخص بذلك زمانه (٣) لأنه كان ابتداء الفساد بذهاب المروءات وكثرة الحرص والجشع فإذا وجدت الخلطة قويت التهمة (٤) ومن تعرض للتهمة فلا يلومن من أساء به الظن وقد قال علماؤنا إن التهمة لم يعرف لها انفصال ذكره ابن حبيب وهذا تقصير بما أحله مالك في الموطأ فإنه قال: "إن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة" (٥) فالمخالطة هي الاجتماع والتآلف والملابسة هي الالتزام والتشبث ولذلك قال علماؤنا إن أهل السوق لا يراعى فيهم ذلك لأن الخلطة بينهم موجودة والملابسة فيهم مظنونة ظنا غالبا.وقال بعض علمائنا الاجتماع في المسجد خلطة وأنكره بعضهم لأن ذلك إنما هو موطن دين والأول أقوى وقد بينا ذلك في كتاب المسائل.ما جاء في الحنث علي منبر النبي – صلى الله عليه وسلم – (٦): قال النبي – صلى الله عليه وسلم – في صحيح الخبر من (الكبائر الإشراك بالله واليمين الغموس) (٧) ....____________(١) مسلم في كتاب الأيمان باب يمين الحالف على نيه للمستحلف (١٦٥٣)، من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (اليمين على نية المستحلف) وابن ماجه (٢١٢٠).(٢) مسلم في نفس الباب السابق (١٦٥٣) وأحمد في المسند ٢/ ٢٢٨ و٣٣١ والترمذي في الأحكام (١٣٥٤)، وأبو داود (٣٢٥٥)، وابن ماجه (٢١٢١).(٣) مالك عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب ... أن اقض باليمين مع الشاهد. الموطأ ٢/ ٧٢٢.(٤) في ت التهم.(٥) الموطأ ٢/ ٧٢٦.(٦) الموطأ ٢/ ٧٢٧.(٧) اليمين الغموس هي الكاذبة يقطع الرجل بها مال غيره، شرح السنة ١/ ٨٥. والحديث أخرجه البخاري في =." (١)

---

(١) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ابن العربي ص/٨٩٦

"وروى مسلم في "صحيحه" (١): "اليمين على نية المستحلف"، وفي لفظ آخر (٢): (على ما يصدقك فيه صاحبك".فأما البينة، فهي لإثبات الحق، وأما اليمين، فهي لرفع التهمة، حسب ما بيناه في البيوع، ووفى القاعدة مالك -رحمه الله-، وحقق النظر فيها دون سائر العلماء، فقال: إن اليمين لا تتوجه **بمجرد الدعوى** حتى تقترن بها شبهة، وذلك مستمد من قاعدة صيانة العرض؛ لأن الرجل يدعي على الرجل ليلوثه باليمين، وصيانة العرض على الحقيقة، والتهمة واجبة كما هي في الدم والمال.الفقه في مسائل:المسألة الأولى (٣):قوله (٤): "إن كانت بينهما مخالطة" هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة، وبه قال مالك (٥).وقال أبو حنيفة (٦) والشافعي (٧): يستحلف المدعى عليه من غير إثبات خلطة. ودليلنا: أن **مجرد الدعوى** لا يثبت حكما إلا لضرورة، والاستحلاف مضرة تلحقه (٨)، فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد دعوى المدعي، إلا أن يكون من__________(١) الحديث (١٦٥٣) برقم فرعي (٢١) عن أبي هريرة.(٢) الحديث (١٦٥٣) برقم فرعي (٢٠) عن أبي هريرة.(٣) هذه المسألة بما تحتوي من فروع وفصول مقتبسة من المنتقى: ٥/ ٢٢٤ - ٢٢٦.(٤) أي قول مالك في الموطأ (٢١٢٤) رواية يحيي، ورواه عن مالك: أبو مصعب (٢٩٢٤)، وسويد (٢٨٦).(٥) قال في الموطأ (٢١٢٥) رواية يحيي: "وعلى ذلك الأمر عندنا".(٦) انظر مختصر اختلاف العلماء: ٣/ ٣٧٨، والمبسوط: ١٧/ ٣٠.(٧) انظر الحاوي الكبير: ١٧/ ٦٨.(٨) أي تلحق المدعى عليه.." [(١)]

"وضبطهم لذلك، فيؤدي ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك يثبت فيه اليمين بغير خلطة.فرع آخر:والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم في صناعتهم دون إثبات خلطة، قاله يحيي بن عمر، وقال: لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، وكذلك التجار، غير أن الفرق بينهما أن الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصة، دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك.قال علماؤنا (١): وانما تجب اليمين في الدعاوى مع تحقيقها وتحقيق الإنكار، ولو قال: أظن أن لي عليك حقا أو كذا، لم يلزمه يمين، وكذلك من قال: أظن إني قضيتك حقك، لزمه أداؤه، ولا يمين على الطالب حتى يحقق يمينه، قاله في "الموازية".فرع آخر:فإذا لم تكن خلطة، إلا أن المدعى عليه متهم، فهل يجب عليه يمين **بمجرد الدعوى؟** قال سحنون: يحلف، والمشهور من المذهب المنع من ذلك، واحتج بأن للتهمة تاثيرا في الأحكام؛ لأن مالكا قال في امرأة ادعت أن رجلا ممن يشار إليه بالخير استكرهها أنها تحد، وإن وإن لا

---

(١) المسالك في شرح موطأ مالك ابن العربي ٦/٢٩٧

يشار إليه بذلك نظر الإمام فيه، فالتهمة توجب ما توجب الخلطة.قال الإمام: ووجه القول الثاني: أن حكم العدل والفاجر في الأيمان التي تتحقق فيها الدعاوى سواء، وإنما يختلفان في يمين التهمة، والله أعلم.الفصل الثاني في تفسير معنى الخلطةأما الخلطة، فروى أصبغ عن ابن القاسم في "العتبية" (٢) قال: "هي أن يسالفه____________(١) المقصود هو الإمام الباجي.(٢) ٩/ ٢٨٨ في سماع أصبغ من ابن القاسم، من كتاب القضاء المحض.." [١]

"قال يحيى: فحدثنى بشير بن يسار، قال: أخبرنى سهل بن أبى حثمة، قال: لقد ركضتنى فريضة من تلك الفرائض بالمربد.٥ - (...) حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، حدثنا أبى، حدثنا سعيد بن عبيد، حدثنا بشير بن يسار الأنصارى، عن سهل بن أبى حثمة الأنصارى؛ أنه أخبره؛ أن نفرا منهم انطلقوا إلى خيبر، فتفرقوا فيها، فوجدوا أحدهم قتيلا. وساق الحديث. وقال فيه: فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه، فوداه مائة من إبل الصدقة.٦ - (...) حدثنى إسحاق بن منصور، أخبرنا بشر بن عمر، قال: سمعت مالك بن أنس يقول: حدثنى أبو ليلى عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل، عن سهل بن أبى حثمة؛ أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه؛ أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر، من جهد أصابهم. فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح فى عين أو فقير. فأتى يهود فقال: أنتم، والله قتلتموه. قالوا: والله، ما قتلناه . ثم أقبل حتى قدم على قومه. فذكر لهم ذلك. ثم أقبل هو وأخوه حويصة - وهو أكبر منه - وعبد الرحمن بن سهل،____وما روى فى الحديث الآخر. " فوداه من إبل الصدقة " قيل: هو غلط؛ إذ ليس هذا مصرف الصدقات. والأصح والأكثر قول من قال من قبله أو من عنده، إما من ماله أو من مال الفىء، وقيل: يجمع بينهما أن يستلف ذلك من الصدقة حتى يؤديها لمستحقها من الفىء، وإذا قلنا على التأويل الآخر أنه المصلحة، فقد يجوز تفريقها فى مثل هذا. قال بعض العلماء: فى المصالح العامة، وقيل أيضا: إذ قد يكون فيما فعل من ذلك استئلافا لليهود رجاء إسلامهم وأعطاه عنهم فيكون من سهم المؤلفة قلوبهم، أو يكون أولياء القتيل بجامع ممن يتاح لهم الصدقة.وفى هذا الحديث من الفقه وأن أهل الذمة إن منعوا حقا وجب حربهم، لقوله: " إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب من الله ". وفيه أنهم إذا اغتالوا المسلمين وأمراءهم انتقضت ذمتهم. ولعل قوله - عليه السلام - لهم هذا بمعنى: إن ثبت عليهم لا **بمجرد الدعوى**. وفيه جواز اليمين على ما يغلب على الظن الغلبة القوية التى يقوم مقام اليقين،

---

(١) المسالك في شرح موطأ مالك ابن العربي ٦/٢٩٩

كقول عبد الله: " أنتم والله قتلتموه " إذا لم يكن فى خيبر سواهم. وفيه الحكم بين المسلم والكافر بحكم الإسلام.. " (١)

"باب الدعاوى والبيناتاختلفوا فيما إذا ادعى رجل على رجل لا يعرف بينهما معاملة.فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى روايتيه: يستدعيه الحاكم ويسأله، فإن أنكر حلفه.ولا يراعى في ذلك أن يكون بينهما معاملة أو مخالطة.وقال مالك وأحمد في الرواية الأخرى: لا يستدعيه ولا يسأله إلا أن يكون بينهما مخالطة أو معاملة من معين يزيد على **مجرد الدعوى**، إلا أن يكون غريبين فلا يراعى ذلك بينهما.واتفقوا على أنه إذا طلب الحاضر إحضار خصم له من بلد آخر فيه حاكم إلى البلد الذي فيه الخصم الآخر الطالب، فإنه لا يجاب سؤاله، فإن كان ذلك لا حاكم فيه.فقال أبو حنيفة: لا يلزمه الحضور إلا أن يكون من مسافة يمكنه أن يرجع فيها في يومه.وقال أحمد والشافعي: يحضره الحاكم سواء بعدت المسافة بينهما أو قربت.واتفقوا على أن الحاكم يسمع دعوى الحاضر ويثبته على الغائب.. " (٢)

"ولو كان المدعى في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة فيتساقطان ويبقى المدعى في يد صاحب اليد، أو يجعل بين المدعيين، أو يقرع ويقضى لمن خرجت قرعته، أو يوقف المدعى بينهما؟فيه أقوال للشافعي رضي الله عنه: أظهرها: الأول.وقد روي عن أبي موسى الأشعري؛ أن رجلين أدعيا بعيرا ولم يكن لواحد منهما بينة، فجعله النبي - صلى الله عليه وسلم - بينهما (١).قال الإمام أبو سليمان الخطابي: يشبه أن يكون البعير في أيديهما معا، ولو كان في يد غيرهما لم يستحقا **بمجرد الدعوى** شيئا، وروي؛ أن [رجلين] (٢) أدعيا بعيرا على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - فبعث كل واحد منهما، فقسمه النبي - صلى الله عليه وسلم - بينهما نصفين (٣).وهذا يجوز أن يكون مصورا فيما إذا كان المدعى في يدهما ويكون جعله بينهما حكما بتساقط البينتين، ويجوز أن يكون مصورا فيما إذا كان الشيء في يد غيرهما، وحينئذ فالحديث يدل علىى قول القسمة من الأقوال المذكورة.الأصل[١٥١٨] أبنا الربيع، أبنا الشافعي، أبنا ابن أبي يحيى، عن__________(١) رواه أبو داود (٣٦١٣)، والحاكم (٤/ ١٠٦).قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وقال ابن الملقن في "التحفة" (١٨٠٤): رواته كلهم ثقات.وضعفه الألباني في "الإرواء" (٢٦٥٦).(٢) في "الأصل": رجلا. والمثبت من "السنن".(٣) رواه أبو داود (٣٦١٥)،

---

(١) إكمال المعلم بفوائد مسلم القاضي عياض ٤٥٧/٥

(٢) اختلاف الأئمة العلماء ابن هبيرة ٤٠٦/٢

والنسائي (٨/ ٢٤٨)، وابن ماجه (٢٣٣٠) من حديث أبي موسى.وضعفه الألباني في "الإرواء" (٢٦٥٦).." [1]

"الزوج طلقها أو السيد أعتقه، فإن اليمين يكون على السيد والزوج، فإن حلفا سقط عنهما الطلاق والعتق.هذا قول مالك وابن الماجشون وابن كنانة، قال في "المدونة": فإن نكل قضي بالطلاق والعتق. ثم رجع مالك فقال: لا يقضى بالطلاق وليسجن، فإن طال سجنه دين وترك، وبه قال ابن القاسم، وطول السجن عنده سنة (١)، وروى أشهب عن مالك في "العتبية" في الرجل يأتي بشاهد واحد على رجل شتمه أيحلف مع شاهده ويستحق ذلك أو يستحلف المدعى عليه ويبرأ؟ فقال: لا يحلف في مثل هذا مع الشاهد، وأرى إن كان الشاتم معروفا بالسفه يؤدب ويعزر. قلت له: أفترى على المدعى عليه يمينا؟ قال: نعم، وليس كل ما رأى المرء يجب أن يجعله سنة (٢) فيذهب به إلى الأمصار، فضعف [يمين] (٣) المدعى عليه في هذه المسألة حين رأى أن لا يجعل قوله سنة (٤).وذهب أهل المقالة الأولى إلى أن وجوب اليمين على المدعى عليه **بمجرد الدعوى** في كل دعوى، ولم ير مالك في المدعى عليه يمينا حتى يقيم المدعي شاهدا واحدا في دعوى النكاح والطلاق، والعتق (والفرية) (٥).والعتاقة عند مالك حد من الحدود؛ لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمته، وجازت شهادته، ووقعت الحدود له وعليه، بخلاف ما كانت قبل ذلك،__________(١) "المدونة" ٤/ ٩٢.(٢) انظر: "المنتقى" ٥/ ٢١٦.(٣) زيادة يقتضيها السياق مثبتة من "شرح ابن بطال" ٨/ ٥٦.(٤) "شرح ابن بطال" ٨/ ٥٥ - ٥٦.(٥) في الأصل: الفرقة، والمثبت من "الموطأ" برواية يحيى ص ٤٥٠.." [2]

"ومماتا، ثم يسأل الله حاجته" (١).وقد روي أيضا من حديث أبي رافع وأبي هريرة، وأم حبيبة، وابن عمرو، وعبد الله بن ربيعة، وعائشة، ومعاذ بن أنس، كما أفاده الترمذي، وأهمل خلقا آخر (٢).إذا عرفت ذلك فالكلام عليه من أوجه:أحدها: المراد بالنداء: الأذان. وعن ابن وضاح: ليس "المؤذن" من كلام النبي - صلى الله عليه وسلم -، وإنما عبر ثانيا بالمؤذن دون المنادي، لئلا يتكرر لفظ النداء أولا وأخرا (٣). والثاني يتمحض به الأذان للصلاة بخلاف الأول، فإنه مشترك بين النداء لها وغيره.ثانيها: ظاهر الأمر الوجوب، وبه قال بعضهم فيما حكاه الطحاوي (٤)، والجمهور على الندبية، وقال ابن قدامة: لا أعلم فيه

---

(١) شرح مسند الشافعي الرافعي، عبد الكريم ١٥٢/٤

(٢) التوضيح لشرح الجامع الصحيح ابن الملقن ٦٢١/١٦

خلافا، وقد سمع – عليه السلام – في سفر مناديا يقول: الله أكبر الله أكبر فقال: "على الفطرة"، فلما تشهد قال: "خرج من النار" ... الحديث (٥)، فقد_____________(١) "المستدرك" ١/ ٥٤٦ – ٥٤٧. والحديث في إسناده عفير بن معدان، قال الذهبي في "التلخيص": واه جدا. وضعفه الألباني في "ضعيف الترغيب" (١٧٧، ١١٥١).(٢) "سنن الترمذي" ١/ ٤٠٨، بعد حديث (٢٠٨).وخرج الألباني في "الثمر المستطاب" ١/ ١٧٢ – ١٧٥ و ١٨٥ – ١٨٦ حديث معاوية ومعاذ بن أنس وعبد الله بن عمرو وأم حبيبة وأبي هريرة.(٣) قال الحافظ: تعقب ابن وضاح بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى**، وقد اتفقت الروايات في الصحيحين و"الموطأ" على إثباتها. ولم يصب صاحب "العمدة" في حذفها. اهـ "فتح الباري" ٢/ ٩١.(٤) "شرح معاني الآثار" ١/ ١٤٤.(٥) رواه مسلم (٣٨٢) كتاب: الصلاة، باب: الإمساك عن الإغارة على قوم في دار الكفر إذا سمع فيهم الأذان.." (١)

"الحديث الرابع (١)٦٩/ ٤/ ١١ – عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول (٢) [المؤذن] " (٣).الكلام عليه من وجوه:أحدها: في التعريف براويه وقد تقدم بيانه في الصلاة.ثانيها: هذا الأمر للندب، وقيل: للوجوب حكاه [الخطابى] (٤) والجمهور على الأول.____________(١) في ن ب بياض.(٢) البخاري (٦١١)، ومسلم (٣٨٣)، والترمذي (٢٠٨)، وأبو داود (٥٢٢)، والموطأ (١/ ٦٧)، النسائي (٢/ ٢٣) وابن ماجه (٧٢٠)، والدارمي (١/ ٢٧٢).(٣) قال ابن حجر –رحمنا الله وإياه– في الفتح (٢/ ٩١): ادعى ابن وضاح أن قول "المؤذن" مدرج، وأن الحديث انتهى عند قوله: "مثل ما يقول" وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى**. وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها، ولم يصب صاحب العمدة في حذفها.تنبيه: في الأصل ون ب محذوفة، وأثبتناها على رواية البخاري.(٤) في ن ب ساقطة.." (٢)

"أو بعضهم، فربما أشار بعضهم إلى احتمال أن يكون المراد بقوله: "دم صاحبكم" هو القتيل لا القاتل، ويرده قوله: "دم صاحبكم أو قاتلكم".ثم اختلفوا فيمن يحلف في القسامة، فقال مالك والشافعي والجمهور: يحلف الورثة ويجب الحق بحلفهم خمسين يمينا، واحتجوا بهذا الحديث الصحيح، وفيه التصريح بالابتداء بالمدعى وهو ثابت من طرق كثيرة صحاح لا يندفع، وقال مالك: الذي أجمعت عليه

---

(١) التوضيح لشرح الجامع الصحيح ابن الملقن ٦/٣٣٥

(٢) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام ابن الملقن ٢/٤٧٠

الأمة قديما وحديثا أن المدعين يبدؤون في القسامة، ولأن جنبة المدعي صارت قوية باللوث. قال القاضي (١): وضعف هؤلاء رواية من روى الابتداء بيمين المدعى عليهم.قال أهل الحديث: هذه الرواية وهم من الراوي، لأنه أسقط الابتداء بيمين المدعى عليهم، ولم يذكر رد اليمين، ولأن من روى الابتداء بالمدعين معه زيادة علم ورواياتها صحاح من طرق كثيرة مشهورة توجب العمل بها ولا يعارضها رواية من نسي. قال: وكل من لم يوجب القصاص واقتصر ع‍لى الدية بدأ بيمين المدعى عليهم إلا الشافعي وأحمد، فقالا بقول الجمهور، وأنه يبدأ بيمين المدعي، فإن نكل ردت على المدعى عليه.وأجمع العلماء: على أنه لا يجب قصاص ولا دية **بمجرد الدعوى** حتى يقترن بها شبهة يغلب الظن بالحكم بها.واختلفوا في هذه الشبهة المعتبرة الموجبة للقسامة؛ لها سبع صور:__________(١) ذكره في إكمال إكمال المعلم (٤/ ٣٩٥).." [١]

"[١٤٧] كتاب الصلاة عن يحيى بن سعيد أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أراد أن يتخذ خشبتين الحديث قال بن عبد البر روى قصة عبد الله بن زيد هذه في بدء الأذان جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ومعان متقاربة والأسانيد في ذلك متواترة وقال الحافظ بن حجر قد استشكل اثبات حكم الأذان برؤيا عبد الله بن زيد لأن رؤيا غير الأنبياء لا ينبني عليها حكم شرعي وأجيب باحتمال مقارنة الوحي لذلك ويؤيده ما رواه عبد الرزاق وأبو داود في المراسيل من طريق عبيد بن عمير الليثي أحد كبار التابعين أن عمر لما رأى الأذان جاء ليخبر النبي صلى الله عليه وسلم فوجد الوحي قد ورد بذلك فما راعه إلا أذان بلال فقال له النبي صلى الله عليه وسلم سبقك بذلك الوحي قال الحافظ وهذا أصح مما حكى الداودي عن بن إسحاق أن جبريل أتى النبي صلى الله عليه وسلم بالأذان قبل أن يخبره عبد الله بن زيد وعمر بثمانية أيام انتهى وفي كتاب الأذان لأبي الشيخ عن بن عباس قال الأذان نزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم مع فرض الصلاة يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله قال الحافظ مغلطاي أي مع فرض الجمعة وأخرج بن عباس قال علم النبي صلى الله عليه وسلم الأذان حين أسري به وأخرج بن شاهين عن زيد بن المنذر قال حدثني العلاء قال قلت لابن الحنيفة كنا نتحدث أن الأذان رؤيا رآها رجل من الأنصار ففزع وقال عمدتم إلى أحسن دينكم فزعمتم أنه كان رؤيا هذا والله الباطل ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عرج به انتهى إلى مكان من السماء وقف وبعث الله ملكا ما رآه أحد

---

(١) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام ابن الملقن ٦٩/٩

في السماء قبل ذلك اليوم فعلمه الأذان[١٤٨] عن بن شهاب عن عطاء بن يزيد ذكر الحافظ أبو الفضل بن طاهر في كتاب ذخيرة الحفاظ أن المغيرة بن سكلاب رواه عن مالك فزاد في سنده سعيد بن المسيب مقرونا بعطاء وقال بن عدي ذكر سعيد في هذا الإسناد غريب لا أعلم يرويه عن مالك غير مغيرة وهو ضعيف وفي التمهيد رواه مسدد عن يحيى بن سعيد عن مالك عن الزهري عن السائب بن يزيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال بن عبد البر وذلك خطأ من كل من رواه عن مسدد أو غيره وفي كتاب أطراف الموطأ لأبي العباس أحمد بن محمد بن عيسى الدانيء ورواه عمرو بن مرزوق عن مالك عن الزهري وذلك وهم إذا سمعتم النداء قال الرافعي أي الأذان سمي به لأنه نداء إلى الصلاة ودعاء إليها فقولوا مثل ما يقول المؤذن قال الحافظ بن حجر ادعى بن وضاح أن قوله المؤذن مدرج وإن الحديث انتهى عند قوله مثل ما يقول قال وتعقب بأن الادراج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها قال الحافظ مغلطاي وذكر الدارقطني في الموطآت أن لفظ عبد الرزاق عن مالك فقولوا مثل ما يقول المنادي قال الرافعي وظاهر قوله مثل ما يقول أنه يقول مثل قوله في جميع الكلمات لكن وردت أحاديث باستثناء حي على الصلاة وحي على الفلاح وإنه يقول بدلهما لا حول ولا قوة إلا بالله وقال بن المنذر يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا." (١)

"٢٧٨ - (أخاف على أمتي من بعدي) بين به أن ذلك لا يقع في حياته فإن وجوده بين أظهرهم أمان لهم من ذلك (ثلاثا) من الخصال (ضلالة الأهواء) أي إضلال أهوية نفوسهم لهم وقد يراد بها خصوص البدع والتعصب للمذاهب الباطلة والضلال ضد الرشاد وفي الصحاح أضله أهلكه والأهواء مفرده هوى مقصور وهو عرض نفساني ناشئ عن شهوة نفس في غير أمر الله كذا ذكره بعضهم وأوجز القاضي فقال: رأي يتبع الشهوة. وقال الراغب: والضلال أن يقصد لاعتقاد الحق أو فعل الجميل أو قول الصدق فيظن بتقصيره وسوء تصرفه فيما كان باطلا أنه حق فاعتقده أو فيما هو قبيح أنه جميل وليس بجميل ففعله أو فيما كان كذبا أنه صدق فقاله والجهل عام في كل ذلك (واتباع الشهوات) جمع شهوة قال الحراني: وهي نزوع النفس إلى محبوب لا تتمالك عنه وقال في الكشاف طلب النفس اللذة (في البطون والفروج) بأن يصير الواحد كالبهيمة قد عكف همه على بطنه وفرجه لا يخطر بباله حقا ولا باطلا ولا يفكر في عاقبة

(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك السيوطي ٦٦/١

أمره عاجلا ولا آجلا وأنشد بعضهم:تجنب الشهوات واح. . . ذر أن تكون لها قتيلافلرب شهوة ساعة. . . قد أورثت حزنا طويلاوخصهما لأنهما مرجع جميع الشهوات. قال الراغب: وإنما خاف على أمته الشهوات لأنها أقدم القوى وجودا في الإنسان وأشدها به تثبيتا وأكثرها تمكنا فإنها تولد معه وتوجد فيه وفي الحيوان الذي هو جنسه بل وفي النبات الذي هو جنس جنسه ثم توجد فيه قوة الحمية ثم آخرا وجد فيه قوة الفكر والنطق من التمييز ولا يصير الإنسان متميزا عن جملة البهائم متخلصا من أسر الهوى إلا بأمانة الشهوة البهيمية أو بقهرها وقمعها إن لم تمكن إماتتها فهي التي تضره وتغره وتصرفه عن طرق الآخرة ومتى قمعها أو أماتها صار حرا نقيا فتقل حاجاته ويصير غنيا عما في يد غيره سخيا بما في يده محسنا في معاملته لكن هنا شيء يجب التنبيه به وهو أن الشهوة إنما تذم إن أفرطت وأهملها صاحبها حتى ملكت القوى أما إذا أديت فهي المبلغة للسعادة حتى لو لم تكن لما أمكن الوصول إلى الآخرة وذلك لأنه لا وصول إليها إلا بالعبادة ولا سبيل إليها إلا بالحياة ولا سبيل إليها إلا بحفظ البدن ولا يمكن إلا بإعادة ما تحلل منه ولا يمكن إلا بتناول الغذاء ولا يمكن إلا بالقوة الشهوية فالأمر محتاج إليها ومقتضى الحكمة إيجادها وتزيينها ﴿زين للناس حب الشهوات﴾ لكن هي كعدو تخشى مضرته من وجه ونفعه من وجه ومع عداوته لا يستغنى عنه فحق العاقل أن يأخذ نفعه ولا يسكن إليه قال: -[٢٠٣]-ومن نكد الدنيا على المرء أن يرى. . . عدوا له ما من صداقته بد(والغفلة بعد المعرفة) أي إهمال الطاعة بعد معرفة وجوبها أو ندبها هذا في حق العوام أما في حق الخواص فالالتفات إلى غير الله حتى **بمجرد الدعوى** أو العجب أو الركون إلى ما ظهر من مبادئ اللطف وذلك هو المنكر الخفي الذي لا يقدر على التحرز منه إلا ذو القدم الراسخ. قال الغزالي: وإنما كانت الغفلة من أعظم المصائب لأن كل نفس من العمر جوهرة نفيسة لا خلف لها ولا بدل منها لصلاحيتها لأن توصل إلى سعادة الأبد وتبعد من شقاوة الأبد فإذا ضيعته في الغفلة فقد خسرت خسرانا مبينا وإن صرفته للمعصية هلكت هلاكا فاحشا. قال الحراني: والغفلة فقد الشعور بما حقه أن يشعر به وأراد بأهل الأهواء البدع كما تقرر وبدأ بها إشارة إلى أنها أخوف الثلاثة وأضرها إذ هي مع كونها داعية لأصحابها إلى النار موقعة للعداوة مؤدية إلى التقاطع و'نما حدث التباين والفرق بسبب ذلك حتى أدى إلى أن بعض تلك الفرق سب الشيخين ولعنهما وتعصب كل فريق فضلوا وأضلوا وتلك أمة قد خلت لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وقيل لما نزل قوله تعالى ﴿ومن يغفر الذنوب إلا الله﴾ صاح إبليس ودعا بالويل والثبور فجاءته جنوده وقالوا: ما بال سيدنا قال: نزلت آية لا يضر بعدها آدميا ذنب فقالوا: نفتح لهم باب

الأهواء فلا يتوبون ففرح بذلك وقال الغزالي: قال الحسن بلغنا أن إبليس قال سولت لأمة محمد المعاصي فقطعوا ظهري بالاستغفار فسولت لهم ذنوبا لا يستغفرون منها وهي الأهواء قال الغزالي رحمه الله تعالى وصدق الملعون فإنهم لا يعلمون أن ذلك من الأسباب التي تجر إلى المعاصي فكيف يستغفرون. وقال الجنيد: لو أقبل عارف على الله تعالى ألف سنة ثم أعرض عنه لحظة كان ما فاته أكثر مما ناله وقال الغزالي: قد نظر الحكماء فردوا مصائب العالم ومحنه إلى خمس المرض في الغربة والفقر في الشيب والموت في الشباب والعمى بعد البصر والغفلة بعد المعرفة قال وأحسن منه قول القائل:لكل شيء إذا فارقته عوض. . . وليس لله إن فارقت من عوض[1] قال في المناهج: الغفلة داء عظيم ينشأ عنه مضار دينية ودنيوية وعرفت في اصطلاح الصوفية بأنها غشاوة وصدأ يعلو مرآة القلب يمنعه من التيقظ لما يقرب من حضرة الرب ومداواته أن يعلم أنه غير مغفول عنه ويلحظ قوله تعالى ﴿وما ربك بغافل عما تعملون﴾ ويعلم أنه يحاسب على الخطرة والهم أي المقتونة بالتصميم فمن تحقق بهذا وراعى أوقاته وزان أحواله زالت عنه الغفلة(الحكيم) أبو جعفر محمد الترمذي (والبغوي) أبو القاسم (وابن منده) عبد الله (وابن نافع) عبد الباقي (وابن شاهين) عمر بن أحمد له زهاء ثلاث مئة مؤلف (وأبو نعيم) الحافظ أحمد المشهور (الخمسة في كتاب الصحابة عن أفلح) بفتح الهمزة وسكون الفاء وآخره مهملة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذي قال له المصطفى صلى الله عليه وسلم وقد رآه ينفخ إذا سجد ترب وجهك ذكره ابن الأثير وغيره وأفلح في الصحابة متعدد وهذا هو المراد لكن لو ميزه لكان أولى قال في الأصل وسنده ضعيف." [2]

"وحدثني عن مالك عن ابن شهاب عن عطاء بن يزيد الليثي عن أبي سعيد الخدري «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن»ـــــ١٥٠ - ١٤٧ (مالك عن ابن شهاب عن عطاء بن يزيد) بتحتية وزاي (الليثي) المدني نزيل الشام من ثقات التابعين ورجال الجميع، مات سنة خمس أو سبع ومائة وقد جاوز الثمانين، ولأبي عوانة من رواية ابن وهب عن مالك ويونس عن الزهري أن عطاء بن يزيد أخبره (عن أبي سعيد) سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري (الخدري) له ولأبيه صحبة واستصغر بأحد، ثم شهد ما بعدها روى الكثير ومات بالمدينة سنة ثلاث أو أربع أو خمس وستين وقيل سنة أربع وسبعين.(«أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: إذا سمعتم النداء») أي

---

(١) تنبيه

(٢) فيض القدير المناوي ١/٢٠٢

الأذان سمي به لأنه نداء إلى الصلاة ودعاء إليها.(«فقولوا مثل ما يقول المؤذن») ادعى ابن وضاح أن قوله: المؤذن مدرج، وأن الحديث انتهى بقوله ما يقول، وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى**، وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها، ولم يصب صاحب العمدة في حذفها وظاهره اختصاص الإجابة بمن سمع حتى لو رأى المؤذن على المنارة مثلا في الوقت وعلم أنه يؤذن لكن لم يسمع أذانه لبعد أو صمم لا يشرع له المتابعة قاله النووي في شرح المهذب، وقال " مثل ما يقول " ولم يقل " مثل ما قال " ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتها قاله الكرماني، والصريح في ذلك ما رواه النسائي عن أم حبيبة «أنه - صلى الله عليه وسلم - كان يقول مثل ما يقول المؤذن حتى يسكت» .وقال أبو الفتح اليعمري: ظاهر الحديث أنه يقول مثل ما يقول عقب فراغ المؤذن، لكن الأحاديث التي تضمنت إجابة كل كلمة عقبها دلت على أن المراد المساوقة يشير إلى حديث عمر في مسلم وغيره، وظاهره أيضا أنه يقول مثله في جميع الكلمات، لكن حديث عمر أيضا وحديث معاوية في البخاري وغيره دلا على أنه يستثنى من ذلك حي على الصلاة وحي على الفلاح فيقول بدلهما لا حول ولا قوة إلا بالله وهو المشهور عند الجمهور.وقال ابن المنذر: يحتمل أن يكون ذلك من الاختلاف المباح فيقول تارة كذا وتارة كذا.وحكي عن بعض أهل الأصول أن الخاص والعام إذا أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما فلم لا يستحب للسامع أن يجمع بين الحيعلة والحوقلة؟ وهو وجه عند الحنابلة.وأجيب عن المشهور من حيث المعنى بأن الأذكار الزائدة على الحيعلة يشترك السامع والمؤذن في ثوابها، وأما الحيعلة فمقصودها الدعاء إلى الصلاة وذلك يحصل من المؤذن، فعوض السامع عما فاته من ثوابها بثواب الحوقلة، ولقائل أن يقول: يحصل للمجيب الثواب لامتثاله الأمر، ويمكن أن يزداد استيقاظا وإسراعا إلى القيام إلى الصلاة إذا تكرر على سمعه الدعاء إليها من المؤذن ومن نفسه.قيل: وفي الحديث دليل." (١)

"الربط والنهي لحق الغير.(فمن ابتاعها بعد ذلك) المذكور وهو التصرية أو بعد العلم بهذا النهي (فهو بخير النظرين) أفضل الرأيين (بعد أن يحلبها) بضم اللام من باب نصر، وفي رواية: يحتلبها، بفوقية قبل اللام المكسورة (إن رضيها) أي المصراة (أمسكها) ولا شيء له (وإن سخطها) كرهها (ردها وصاعا من تمر) نصب على أن الواو بمعنى مع، أو لمطلق الجمع لا مفعولا معه ؛ لأن جمهور النحاة على أن شرط المفعول معه أن يكون فاعلا نحو جئت أنا وزيدا، والجملتان شرطيتان عطفت الثانية على الأولى فلا محل

(١) شرح الزرقاني على الموطأ الزرقاني، محمد بن عبد الباقي ٢٦٤/١

لهما من الإعراب، إذ هما تفسيريتان أتي بهما لبيان المراد بالنظرين ما هو كما قال مالك، إنما خص التمر لأنه غالب عيش أهل المدينة، فكذلك في كل بلد إنما يقضى بالصاع من غالب عيشهم.وفي رواية لأبي داود ومسلم: " «وصاعا من طعام» " زاد في رواية لمسلم وعلقها البخاري وهو بالخيار ثلاثة أيام، وحمله الجمهور على الغالب، وهو أن التصرية إنما تظهر بثلاثة أيام وهو في معنى ثلاث حلبات؛ لأن الأولى هي الدلسة، وبالثانية ظهرت، وبالثالثة تحققت ؛ لأن الثانية يظن أنها لاختلاف المرعى والمراح، أو لاختلال في الضرع بإمساكها مدة التسوق بها.قال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح أصل في النهي عن النجش والدلسة بالعيب، وأصل في الرد به، وأن بيع المعيب صحيح ويخير المشتري، وممن قال بحديث المصراة مالك في المشهور عنه وهو تحصيل مذهبه، وبه قال الشافعي والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور وجمهور أهل الحديث، قال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بهذا الحديث؟ قال: نعم، أو لأحد في هذا الحديث رأي؟ وقوله في العتبية عنه ليس بالثابت ولا الموطأ عليه، الله أعلم بصحته عن مالك.ورد أبو حنيفة وأصحابه الحديث وأتوا بأشياء لا معنى لها إلا **مجرد الدعوى** فقالوا: إنه منسوخ بحديث الخراج بالضمان والغلة بالضمان، قالوا: والمستهلكات بالمثل أو القيمة من ذهب أو فضة فهذا يبين نسخه.وقوله وصاعا من تمر منسوخ بتحريم الربا في حديث: " «التمر ربا إلا هاء وهاء» " قال أبو عمر: حديث المصراة صحيح في أصول السنن، وذلك أن لبن التصرية اختلط باللبن الطاري في ملك المشتري، فلم يتهيأ تقويم ما للبائع منه، لأن ما لا يعرف غير ممكن، فحكم - صلى الله عليه وسلم - بصاع من تمر قطعا للنزاع كحكمه في الجنين بغرة قطعا للخصومة، إذ يمكن أن يكون حيا حين ضرب بطن أمه ففيه الدية، أو ميتا فلا شيء فيه، فقطع النزاع بالغرة، وكحكمه في الأصابع والأسنان بأن الصغير فيها كالكبير؛ إذ لا توقف لصحة تفضيل بعضها على بعض في المنفعة، وكذا الموضحة حكم في صغيرها وكبيرها بحكم واحد اهـ.وفي المعلم قال أبو حنيفة والكوفيون: إنه منسوخ لحديث الخراج بالضمان وبالأصول التي خالفته، وهي أن اللبن مثلي فيلزم مثله، فإن تعذر فقيمته، والمثل هنا تعذر." (١)

"[باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا]حدثنا يحيى عن مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة «أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم»ــــــ١٩ - باب القضاء

(١) شرح الزرقاني على الموطأ الزرقاني، محمد بن عبد الباقي ٥٠٦/٣

فيمن وجد مع امرأته رجلا١٤٤٦ - ١٤١٠ - (مالك عن سهيل) بضم السين وفتح الهاء، مصغرا (ابن أبي صالح السمان) بائع السمن (عن أبيه) أبي صالح ذكوان المدني (عن أبي هريرة) عبد الرحمن بن صخر، أو عمرو بن عامر (أن سعد بن عبادة) بضم المهملة وفتح الموحدة، سيد الخزرج (قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أرأيت) ، أي أخبرني (إن وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله) بفتح الهمزة الأولى وضم الثانية (حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم) زاد في رواية سليمان بن بلال: " قال - أي سعد -: كلا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك، قال صلى الله عليه وسلم اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور وأنا أغير منه والله أغير مني ". زاد في حديث المغيرة بن شعبة: " «من أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن، ولا شخص أغير من الله، ولا شخص أحب إليه العذر من الله، من أجل ذلك بعث المرسلين مبشرين ومنذرين، ولا شخص أحب إليه المدحة من الله، من أجل ذلك وعد الله الجنة» ". رواه مسلم.وأخرج أحمد عن ابن عباس لما نزلت ": ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤] (سورة النور: الآية ٤) قال سعد بن عبادة - وهو سيد الأنصار -: أهكذا نزلت يا رسول الله؟ فقال صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الأنصار ألا تسمعون ما يقول سيدكم؟ قالوا: يا رسول الله لا تلمه فإنه رجل غيور، والله ما تزوج امرأة قط فاجترأ رجل منا أن يتزوجها من شدة غيرته، فقال سعد: والله يا رسول الله إني لأعلم أنها حق وأنها من الله، ولكن تعجبت أني لو وجدت لكاعا قد تفخذها رجل لم يكن لي أن أهيجه ولا أحركه حتى آتي بأربعة شهداء، فوالله لا آتي بهم حتى يقضي حاجته» ". الحديث. وفي حديث الباب النهي عن إقامة حد بغير سلطان ولا شهود وقطع الذريعة إلى سفك الدم **بمجرد الدعوى**. وأخرجه مسلم من طريق إسحاق بن عيسى عن مالك به، وتابعه عبد العزيز الدراوردي وسليمان بن بلال، كلاهما عن سهيل به بزيادة، رواهما مسلم أيضا، وبه شنع ابن عبد البر على البزار في زعمه تفرد مالك به، وأنه لم يروه غيره ولا تابعه أحد عليه، قال:." (١)

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ الزرقاني، محمد بن عبد الباقي ٤/٤٣

"قبل ذلك، قال صلى الله عليه وسلم اسمعوا إلى ما يقول سيدكم إنه لغيور، وأنا أغير منه، والله أغير مني " وفيه قطع الذريعة عن سفك الدم **بمجرد الدعوى**، والنهي عن إقامة حد بغير سلطان ولا شهود، وهو وجه إدخاله في كتاب الحدود، ومر بسنده ومتنه في كتاب القضاء.." (١)

"إلى الرغبة فيها ومن عزيمة امضاء الطلاق إلى الندم عليه فليراجعها وقوله ولا تتخذوا آيات الله هزوا أي بالجمع بين الثلاث والزيادة عليها فكلاهما لعب واستهزاء والجد والعزيمة أن يطلق واحدا وان أراد الثلاث ينبغي أن يفرق[٣٤٠١] ألا أقتله لأن اللعب بكتاب الله كفر ولم يرد أن المقصود الزجر والتوبيخ وليس المراد حقيقة الكلام ثم اختلفوا في الجمع بين الثلاث فقال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والليث هو بدعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور ليس بحرام لكن الأولى التفريق وظاهر الحديث التحريم والجمهور على أنه إذا جمع بين الثلاث يقع الثلاث ولا عبرة بخلاف ذلك عندهم أصلا والله تعالى أعلم قوله فيقتلونه أي المسلمون قصاصا ان لم يأت بالشهود وان كان له ذلك فيما بينه وبين الله عند بعض لكن لا يصدق **بمجرد الدعوى** في القضاء فكره كأنه ما اطلع على وقوع الواقعة فرأى البحث." (٢)

"وأما قوله: "وإلا عتق بمضي ما عرف تعليقه من المدة" فلا وجه له لأن تلك المدة إنما هي ظرف للخدمة والمقصود هو الخدمة ولكن في ذلك الزمان وذلك المكان فلا يعتق إلا بإيقاع الخدمة عشر سنين في تلك الضيعة وليس هذا من الأوصاف الطردية فإنه ربما تعلق به غرض للمعتق يوجب اعتباره إلا أن يعرف من قصده أنه لا يريد إلا مجرد إيقاع الخدمة قدر تلك المدة في أي مكان وأما كون نصيب من مات من الأولاد لورثته فظاهر لأنهم يستحقون كل ما كان لمورثهم من الأموال والحقوق.وأما قوله: "فإن جهل قصده فبالمدة" فلا وجه له وكيف يجهل قصده بعد تصريحه بالخدمة في المدة المقررة في المكان المعين قصده وهو ما أفاده كلامه هذا فيجب الحمل عليه حتى يظهر من قصده ما يخالفه وهذا يغنيك عما ذكره المصنف إلى آخر البحث والأصل في هذا البحث حديث سفينة قال: "أعتقتني أم سلمة وشرطت علي أن أخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم م، عاش"، أخرجه أحمد "٥/٢٢١"، والنسائي "٤٤٨١"، وابن ماجه "٢٥٢٦"، وأبو داود "٣٨٣٢"] .قوله: "والأيام للأسبوع"،أقول: أفعال هو من مجموع القلة فيصدق بثلاثة أيام وتعريفه يدل على عهد ذهني أو خارجي فإن كان كذلك كان العمل على ما هو معهود للمتكلم وإن لم

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ الزرقاني، محمد بن عبد الباقي ٢٣٠/٤

(٢) حاشية السندي على سنن النسائي السندي، محمد بن عبد الهادي ١٤٣/٦

يكن كذلك فلا وجه لحمله على الأسبوع إلا إذا قصده المتكلم.وأما قوله: "أياما" فظاهر أنه يصدق على ثلاثة أيام لغة والظاهر عدم الزيادة كما هو شأن جموع القلة فلا وجه لقوله وقليله لثلاث لأن هذا هو مدلول اللفظ من غير وصف له بالقلة.وأما قوله: "وكثيره لسنة" فالظاهر أن هذا الوصف يصدق بمجرد وجود الزيادة على ثلاثة أيام الذي هو مدلول هذا الجميع فإن قصد المصنف رحمه الله ما تدل عليه لغة العرب فهو ما ذكرنا وإن كان بصدد بيان أعراف فإن ثبت للمتكلم عرف حمل كلامه عليه وإلا فلا.قوله: "وكل مملوك لمن لم ينفذ عتقه".أقول: هذا هو ظاهر هذا اللفظ العام لصدقه على كل من يصدق عليه أنه مملوك ولكن الظاهر أن القائل بهذه المقالة لا يقصد من قد حصل له سبب من أسباب عتقه.وأما قوله: "وأول من تلد لأول بطن" فالظاهر أنه لا يتناول إلا أول من وضعته إذا كان في بطنها أكثر من واحد فإن الثاني لا يصدق عليه لفظ أول إلا أن يكون له قصد فالعمل على القصد.وأما قوله: "وله نيته في كل لفظ" الخ فظاهر لأن النية هي التي تدور عليها الأحكام ولا بد مما ذكره المصنف من الاحتمال لأنه لو ادعى ما لا يحتمله لفظه لكان مدعيا خلاف الظاهر فلا يقبل **بمجرد الدعوى**." [١]

"البطن والظهر من المحرم وأنه لا يجوز نظر ذلك منها لمحرمها فليس لذلك وجه لا من رأي ولا من رواية ولم يعولوا إلا على دعوى الإجماع ولا أدري كيف هذه الدعوى فقد حصل التساهل البالغ في نقل الإجماعات وصار من لا بحث له عن مذاهب أهل العلم يظن أن ما اتفق عليه أهل مذهبه وأهل قطره هو إجماع وهذه مفسدة عظيمة فإن الجمهور قائلون بحجية الإجماع فيأتي هذا الناقل **بمجرد الدعوى** بما نعم به البلوى ذاهلا عن لزوم الخطر العظيم على عباد الله من النقل الذي لم يكن على طريق التثبت والورع وأما أهل المذاهب الأربعة فقد صاروا يعدون ما اتفق عليه بينهم مجمعا عليه ولا سيما المتأخر عصره منهم كالنووي ومن فعل كفعله وليس هذا هو الإجماع الذي تكلم العلماء في حجيته فإن خير القرون ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم كانوا قبل ظهور هذه المذاهب ثم كان في عصر كل واحد من الأئمة الأربعة من أكابر أهل العلم الناهضين بالاجتهاد من لا يأتي عليه الحصر وهكذا جاء بعد عصرهم إلى هذه الغاية وهذا يعرفه كل عارف منصف ولكن الإنصاف عقبة كئود لا يجوزها إلا من فتح الله له أبواب الحق وسهل عليه الدخول منها.وأما قوله: "ولمسها ولو بحائل إلا لضرورة" فهذا مسلم فيما ورد الدليل بأنه عورة لا فيما هو مجرد دعوى منها.وأما قوله: "وعليها غض البصر كذلك" فقد قدمنا الكلام عليه في أول الفصل وقد استدل

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٦٧١

الجواز نظر النساء إلى الرجال بما ثبت في الصحيح [البخاري "٥٤٦٩/١"، مسلم "١٧، ١٨، ٢٠، ٧٩٢/٢١"، من أنه صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة أن تنظر إلى لعب الحبشة في المسجد ويجاب عنه بأنه لا تلازم بين النظر إلى وجوههم والنظر إلى لعبهم فإن اللعب هو الحركات الصادرة منهم من تقليب حرابهم بأيديهم وحركة أبدانهم والمصير إلى هذا متحتم لإيجاب غض البصر عليهن كما نطق به الكتاب العزيز وأيضا ثبت في الصحيح [البخاري "٥١٩٠"، مسلم "٨٩٢/١٨"، عن عائشة في هذه القصة أنها قالت: وأنا جارية حديثة السن فاقدروا قدر الجارية حديثة السن.وأما قوله: "يجب التستر ممن لا يعف" فظاهر لأن ذلك منكر وإنكاره واجب وأقل أحوال الإنكار التستر.وأما قوله: "ومن صبي يشتهي ولو مملوكها" فوجهه أن العلة التي شرع الله لها التستر وحرم بسببها النظر هي مخافة الوقوع في المعصية ومن كان يشتهي أو يشتهى فوقوعه والوقوع معه في ذلك مجوز عقلا وعادة.وأما قوله: "ولو مملوكها" فظاهر قوله عزوجل: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ [النور: ٣١] ، يدل على خلاف ذلك ويؤيد هذا الظاهر ما في سنن أبي داود بإسناد صحيح من حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال: "إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك"، فقوله: "إنما هو أبوك وغلامك" يدل على أنه يجوز لمملوك المرأة أن ينظر إليها.." [١]

"المانع من قبول شهادة العدول على أطراف مما تعلقت به الخصومة مع كمال نصاب كل شهادة على كل طرف وما الموجب لاشتراط أن تكون الشهادة على مجموع تلك الأطراف شهادة واحدة وما المقتضى لهذا الإيجاب وما هو المانع من خلافه فإن لشهادة الشهود المختلفين على كل طرف من الأطراف مع كمال نصاب كل شهادة على كل طرف موقعا في النفس فوق موقع الشهادة الواحدة على مجموع الأطراف وهذا معلوم بالوجدان فما الوجه لإهمال ما هو أقوى وأدخل في تحصيل السبب الشرعي وليس هذا الأمر عكس قالب العمل بأحكام الله عزوجل وترجيح مرجوحها على راجحها.[فصلومن ثبت عليه دين أو عين فادعى فيه حقا أو إسقاطا كأجل وإبراء وكونه لغير المدعي ذاكرا سبب يده لم تقبل إلا ببينة مطلقا إلا في كون الغصب والوديعة زيوفا ونحوه] .قوله: "فصل: ومن ثبت عليه دين أو عين" الخ.أقول: وجه هذا أن دليل الاستصحاب يقتضي بقاء هذا الثبوت وعدم ارتفاعه فلا يرفعه **مجرد الدعوى** لأن ذلك

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٧٤٢

لا يصلح للنقل اتفاقا فلا بد من ناقل يقتضي ارتفاع ذلك الاستصحاب وهو البينة المتضمنة لكون ذلك الثبوت قد ارتفع كلا أو بعضا هذا إذا كان يدعي دعوى مقبولة وهي أن يدعي أن له في ذلك قد ثبت حقا أو قد سقط عليه بعضه وأما إذا ادعى أن ذلك الحق لغيره وإن كان له في هذه الدعوى فائدة يرجع إليه بأن يقول هذا قد ثبت فيه حق لفلان أو استأجرته منه أو استعرته أو نحو ذلك فهذه العلاقة مسوغة لهذه الدعوى من هذه الحيثية فإن نهض من ادعى له الحق فيه بالبرهان فذاك وإلا كانت الدعوى باطلة وما ترتب عليها من اليد كذلك.وأما قوله: "إلا في كون الغصب والوديعة زيوفا" فوجهه ما تقدم من أن القول قول الغاصب والوديع في تعيين العين المغصوبة والمودعة ولكنه ينبغي تقييد هذا بأن تكون هذه الدعوى مخالفة لما هو ظاهر في المعاملات فإن كانت مخالفة لذلك لم تقبل والظاهر مقدم على ا الأصل.[فصلولا تسمع دعوى تقدم ما يكذبها محضا وعلى ملك كان ولغير مدع في حق آدمي." (١)

"حديث عبد الله ابن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب"، وأخرجه أيضا الحاكم وصححه قال ابن حجر في الفتح وسنده إلى عمرو بن شعيب صحيح.وأخرج مالك ف الموطأ عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن قال إن الزبير بن العوام لقي رجلا قد أخذ سارقا وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان فشفع له الزبير ليرسله فقال لا حتى أبلغ به السلطان فقال الزبير إذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع وقد تقدم في حديث المخزومية الثابت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأسامة: "أتشفع في حد من حدود الله؟ "، وفي لفظ: "لا أراك تشفع في حد من حدود الله"، وتقدم أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لصفوان في السارق الذي سرق رداءه: "هلا كان قبل أن تأتيني به".وأما كونه يسقط عن السارق بتملكه للمسروق قبل الرفع ففي كون كون هذا شبهة يسقط بها لحد نظر لأن السرقة الموجبة للحد قد وقعت وهو في غير ملكه فلا يؤثر تملكه له من بعد.قوله: "وبنقص قيمة المسروق عن عشرة".أقول: إذا نقص قيمة المسروق على النصاب المعتبر على حسب ما قررناه سابقا فالحد لم يجب من الأصل حتى يقال إنه يسقط بذلك ففي العبارة تسامح وأما كونه يسقط **بمجرد الدعوى** أنه له وإن لم تصح الدعوى ففي كون هذه الدعوى الباطلة شبهة نظر وقد تقدم أنه لا بد أن تكون الشبهة محتملة.قوله: "ولا يغرم بعده التالف".أقول: الوجه في هذا أنه لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الخلفاء الراشدين أنه أمر السارق بضمان ما سرقه بعد قطعه وهذا

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٧٤٨

يكفي في الاستدلال وأما حديث عبد الرحمن بن عوف عند النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد"، فقد بين النسائي "٤٩٨٤"، بعد إخراجه له أنه منقطع وقال أبو حاتم إنه منكر وقال ابن عبد البر لا تقوم به حجة.وأما كونه يسترد الباقي في يده أو يد غيره بغير عوض فوجهه أنه باق على ملك مالكه لم يتحول بالسرقة عنه فله أن يرجع بالعين على من هي في يده أو على السارق ويجب على السارق أن يسترجع تلك العين ولو بعوض لا كما قال المصنف وقد قام الدليل على ذلك كما أخرجه النسائي من حديث أسيد بن حضير أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في السرقة إذا وجدها ربها مع غير المتهم أنه إن شاء وأخذها منه بما اشتراها وإن شاء اتبع سارقه وقضى بذلك أبو بكر وعمر وأما رد هذا الحديث لدعوى كونه مشكلا فمن أغرب ما يقرع الأسماع فالأحكام النبوية هي الحجة على العباد ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [الحشر: ٧] ، وإذا خالفها مجتهد برأيه فرأيه رد عليه مضروب به وجهه ولكن التجري على رد السنن يفعل بصاحبه مثل هذا.." [١]

"ما يقول المؤذن (١) .قال مالك، بلغنا (٢) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءه___________(١) قوله: المؤذن، ادعى ابن وضاح أن هذا مدرج وأن الحديث انتهى بقوله: ما يقول. وتعقب بأن الإدراج لا يثبت **بمجرد الدعوى**، كذا في "شرح الزرقاني".(٢) قوله: بلغنا، قال ابن عبد البر: لا أعلم أنه روي من وجه يحتج به وتعلم صحته، وإنما فيه حديث هشام بن عروة، عن رجل يقال له إسماعيل لا أعرفه، ذكر ابن أبي شيبة: نا عبدة بن سليمان، عن هشام بن عروة، عن رجل يقال له إسماعيل، قال: جاء المؤذن يؤذن عمر لصلاة الصبح، فقال: الصلاة خير من النوم، فأعجب به عمر، وقال للمؤذن: أقرها في أذانك. انتهى. ورده الزرقاني بأنه قد أخرجه الدارقطني في السنن من طريق وكيع في مصنفه، عن العمري، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، وأخرج أيضا، عن سفيان عن محمد بن عجلان، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، أنه قال لمؤذنه: إذا بلغت حي على الفلاح في الفجر، فقل: الصلاة خير من النوم. انتهى. قلت: وها هنا أخبار وآثار أخر تدل على صحة ما أمر به عمر من تقرير هذه الزيادة في الأذان، فذكر ابن أبي شيبة: نا أبو خالد الأحمر، عن حجاج، عن عطاء، كان أبو محذورة يؤذن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولأبي بكر وعمر وكان يقول في أذانه: الصلاة خير من النوم. قال: ونا حفص بن غياث عن طلحة، عن سويد، عن بلال، وعن حجاج، عن عطاء، عن أبي محذورة: أنهما كانا يثوبان في صلاة الفجر

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار الشوكاني ص/٨٦٥

الصلاة خير من النوم. قال: ونا وكيع، عن سفيان، عن عمران بن مسلم، عن سويد: أنه أرسل إلى مؤذنه إذا بلغت حي على الفلاح فقل: الصلاة خير من النوم، فإنه أذان بلال. وذكر ابن المبارك وعبد الرزاق في مصنفه، عن معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب: أن بلالا أذن ذات ليلة ثم جاء يؤذن للنبي صلى الله عليه وسلم، فنادى الصلاة خير من النوم، فأقرت في صلاة الصبح. وفي "شرح معاني الآثار" للطحاوي: كره قوم أن يقال في أذان الصبح الصلاة خير من النوم، واحتجوا بحديث عبد الله بن زيد في." (١)

"٣٣ - (باب المؤذن يستدير في أذنه)[٥٢٠] (قال) أي أبو جحيفة وهو بضم الجيم وفتح الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الفاء واسمه وهب بن عبد الله السوائي بضم السين والمدقاله العيني (وهو) أي النبي صلى الله عليه وسلم (في قبة) قال في المصباح المنير القبة من البنيان معروف وتطلق على البيت المدور وهو معروف عند التركمان والجمع قباب (من أدم) بفتحتين جمع أديم أي جلد (فكنت أتتبع فمه ها هنا وههنا) فمه منصوب على المفعولية وههنا وههنا ظرفا مكان والمراد بهما جهتا اليمين والشمال ومعناه أنا أنظر إلى فم بلال متتبعا وفي رواية الترمذي رأيت بلالا يؤذن ويدور ويتبع فاه ها هنا وههنا الحديث قال الحافظ والحاصل أن بلالا كان يتتبع بفيه الناحيتين وكان أبو جحيفة ينظر إليه فكل منهما متتبع باعتبارانتهوفي رواية وكيع عن سفيان عند مسلم قال فجعلت أتتبع فاه ها هنا وههنا يمينا وشمالا يقول حي على الصلاة حي على الفلاح الحديث قلت قوله كنت أتتبع فمه ها هنا وههنا هو محل الترجمة ويؤخذ منه مطابقة الحديث بالباب وهو استدارة المؤذن في الأذان كما عرفت من قول الحافظ (قال) أبو جحيفة (وعليه حلة) هي بضم الحاء إزار ورداءقال بن الأثير الحلة واحدة الحلل وهي برود اليمن ولا تسمى حلة إلا أن تكون ثوبين من جنس واحد (حمراء) قال الشوكاني رحمه الله وقد زعم بن القيم أن الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود وغلط من قال إنها كانت حمراء بحتا قال وهي معروفة بهذا الاسمانتهولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء هو من أهل اللسانوالجواب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كسب اللغة

---

(١) التعليق الممجد على موطأ محمد اللكنوي، أبو الحسنات ٣٥٥/١

ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه." (١)

"عند قوله مثل ما يقول وتعقب بأن الادارج لا يثبت **بمجرد الدعوى** وقد اتفقت الروايات في الصحيحين والموطأ على إثباتها ولم يصب صاحب العمدة في حذفها وظاهر قوله مثل ما يقول يدل على أنه يقول السامع مثل ما يقول المؤذن في جميع ألفاظ الأذان الحيعلتين وغيرهما لكن حديث عمر بن الخطاب الآتي يخصص الحيعلتين فيقول السامع مثل ما يقول المؤذن فيما عدا الحيعلتين وأما في الحيعلتين فيقول السامع لا حول ولا قوة إلا بالله كذلك استدل به بن خزيمة وهو المشهور عند الجمهور قال المنذري والحديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وبن ماجه[٥٢٣] (إذا سمعتم المؤذن) أي صوته أو أذانه (فقولوا) واستدل به على وجوب إجابة المؤذن حكاه الطحاوي عن قوم من السلف وبه قال الحنفية وأهل الظاهر وبن وهبواستدل الجمهور بحديث أخرجه مسلم وغيره أنه صلى الله عليه وسلم سمع مؤذنا فلما كبر قال على الفطرة فلما تشهد قال خرج من النار قال فلما قال عليه الصلاة والسلام غير ما قال المؤذن علمنا أن الأمر بذلك للاستحباب وتعقب بأنه ليس في الحديث أنه لم يقل مثل ما قال فيجوز أن يكون قاله ولم ينقله الراوي اكتفاء بالعادةونقل القول الزائد وبأنه يحتمل أن يكون ذلك وقع قبل صدور الأمركذا في فتح الباري (مثل ما يقول) أي إلا في الحيعلتين لما سيأتيوقال في المرقاة وإلا في قوله الصلاة خير من النوم فإنه يقول صدقت وبررت وبالحق نطقت وبررت بكسر الراء الأولى وقيل بفتحها أي صرت ذا بر أي خير كثيرقال الكرماني قال ما يقول ولم يقل مثل ما قال ليشعر بأنه يجيبه بعد كل كلمة مثل كلمتهاقلت والصريح في ذلك ما رواه النسائي من حديث أم حبيبة أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول كما يقول المؤذن حتى يسكت انتهى (ثم صلوا علي) أي بعد فراغكم (فإنه) أي الشأن (صلاة) أي واحدة (صلى الله عليه) أي أعطاه (بها عشرا) أي من الرحمة (ثم سلوا الله) أمر من سأل بالهمز على النقل والحذف والاستغناء أو من سال بالألف المبدلة من الهمز أو الواو أو الياء قاله علي القارىء (لي) أي لأجلي (الوسيلة) قال الحافظ في الفتح هي ما يتقرب به إلى الكبير يقال توسلت أي تقربت وتطلق على المنزلة العليةانتهى وقد فسرها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (فإنها) أي الوسيلة (منزلة." (٢)

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٢/١٥٤

(٢) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٢/١٥٨

"الضحايا أغلاها وأسمنها وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ رجل برجل ورجل برجل ورجل بيد ورجل بيد ورجل بقرن ورجل بقرن وذبحها السابع وكبرنا عليها جميعا قال بن القيم في آخر إعلام الموقعين بعد إيراد الحديث المذكور نزل هؤلاء النفر منزلة أهل البيت الواحد في إجزاء الشاة عنهم لأنهم كانوا رفقة واحدة انتهوقال الحافظ في الفتح في باب الأضحية للمسافر والنساء واستدل به الجمهور على أن ضحية الرجل تجزئ عنه وعن أهل بيته وخالف في ذلك الحنفية وادعى الطحاوي أنه مخصوص أو منسوخ ولم يأت لذلك بدليلقال القرطبي لم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر كل واحدة من نسائه بأضحية مع تكرار سن الضحايا ومع تعددهن والعادة تقتضي بنقل ذلك لو وقع كما نقل غير ذلك من الجزئياتويؤيده ما أخرجه مالك وبن ماجه والترمذي وصححه من طريق عطاء بن يسار سألت أبا أيوب فذكر الحديث انتهوقال الشوكاني في السيل الجرار والحق أنها تجزئ عن أهل البيت وإن كانوا مائة نفس انتهى وهكذا في النيل والدراري المضية كلاهما للشوكاني وكذا في سبل السلام وغير ذلك من كتب المحدثينوالحاصل أن الشاة الواحدة تجزئ في الأضحية دون الهدي عن الرجل وعن أهله وإن كثروا كما تدل عليه رواية عائشة أم المؤمنين عند مسلم وأبي داود ورواية جابر عند الدارمي وأصحاب السنن ورواية أبي أيوب الأنصاري عند مالك والترمذي وبن ماجه ورواية عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه وسلم عند الحاكم في المستدرك ورواية أبي طلحة وأنس عند بن أبي شيبة ورواية أبي رافع وجد أبي الأشد عند أحمد ورواية غير ذلك من الصحابةوما زعمه الطحاوي أن هذا الحديث منسوخ أو مخصوص به صلى الله عليه وسلم فغلطه العلماء في ذلك كما ذكره النوويفإن النسخ والتخصيص لا يثبتان **بمجرد الدعوى** بل روي عن علي وأبي هريرة وبن عمر رضي الله عنهم أنهم كانوا يفعلون ذلك كما ذكره الخطابي وغيره وأجازه الأوزاعي والليث والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهويه وغيرهم من الأئمةومتمسك من قال إن الشاة الواحدة في الأضحية لا تجزئ عن جماعة القياس على الهدي وهو فاسد الاعتبار لأنه قياس في مقابل النص والضحية غير الهدي ولهما حكمان مختلفان فلا يقاس أحدهما على الآخر لأن النص ورد على التفرقة فوجب تقديمه على القياس فالصواب جوازه والحق مع هؤلاء الأئمة المذكورين رضي الله عنهمانتهى مختصرا من غاية المقصودقال المنذري وأخرجه الترمذي وقال هذا حديث غريب من هذا الوجه." (١)

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٨/٥

"يحرم ولو خالف وباع الحاضر للبادي صح البيع مع التحريم هذا مذهبنا وبه قال جماعة من المالكية وغيرهمقال بعض المالكية يفسخ البيع ما لم يفتوقال عطاء ومجاهد وأبو حنيفة يجوز بيع الحاضر للبادي مطلقا لحديث الدين النصيحة قالوا وحديث النهي عن بيع حاضر لباد منسوخقال بعضهم إنه على كراهة التنزيه والصحيح الأول ولا يقبل النسخ ولا كراهة التنزيه **بمجرد الدعوى** انتهى (فقلت) أي لابن عباس وهذا مقول طاووس (ما يبيع حاضر لباد) أي ما معناه (قال) أي بن عباس (لا يكون له سمسارا) بكسر المهملة الأولى وبينهما ميم ساكنة أي دلالاقاله القسطلانيوقال في الفتح وهو في الأصل القيم بالأمر والحافظ ثم استعمل في متولي البيع والشراء لغيره انتهوقد استنبط الإمام البخاري منه تخصيص النهي عن بيع الحاضر للبادي إذا كان بالأجر وقوي ذلك بعموم حديث النصح لكل مسلمقال المنذري وأخرجه البخاري ومسلم والنسائي وبن ماجه[٣٤٤٠] (أن محمد بن زبرقان) بكسر زاي وسكون موحدة وكسر راء وبقاف كذا في المغني (أبا همام) كنية محمد (وكان) أي محمد (وإن كان) أي البادي (أخاه أو أباه) أي أخا الحاضر وأباهوالمعنى وإن كان البادي قريبا للحاضر أي قريب كانقال المنذري وأخرجه النسائي ومسلم ورجال إسناده ثقات (أخبرنا محمد) هو بن سيرينأورد في الأطراف في ترجمته عن أنس (وهي) أي قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد وتأنيث الضمير باعتبار الكلمة (ولا يبتاع) أي لا يشتري البلدي للبادي شيئا بالأجر ويكون دلاله بل يتركه ليشتري بنفسه في السوق." (١)

"أما استدلالهم بالنوع الأول أعني الأحاديث التي وردت في تحريم لبس المصبوغ بالعصفر فغير صحيح لأن تلك الأحاديث أخص من الدعوى وقد عرفت فيما سبق أن الحق أن المصبوغ بالعصفر لا يحل لبسهوأما النوع الثاني فمنه حديث عبد الله بن عمرو وحديث رافع بن خديج وحديث حريث بن الأبج وهذه الأحاديث الثلاثة تقدمت في باب الحمرة وقد عرفت أن واحدا منها لا يصلح للاحتجاج لما في أسانيدها من المقال الذي ذكرنا ومنه ما في صحيح البخاري وغيره من النهي عن المياثر الحمر ولكنه لا يخفى عليك أن هذا الدليل أخص من الدعوى وغاية ما في ذلك تحريم الميثر الحمراء فما الدليل على تحريم ما عداها مع ثبوت لبس النبي صلى الله عليه وسلم للحلة الحمراء في غير مرة ومنه حديث رافع بن بردا ورافع بن خديج بلفظ إن الشيطان يحب الحمرة فإياكم والحمرة الحديث أخرجه الحاكم في الكنى وأبو نعيم في المعرفة وغيرهما والحديث على ما قال الشوكاني ضعيف لا يصلح للحجيةوقد بسط في

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ٢٢٠/٩

النيل في عدم حجيته رواية ودراية فليراجع إليه قال وقد زعم بن القيم أن الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود وغلط من قال إنها كانت حمراء بحتا قال وهي معروفة بهذا الاسم ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء وهو من أهل اللسان والواجب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كتب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه انتهى وقدوقد أطال الكلام في هذه المسألة الحافظ الناقد بن حجر في فتح الباري والعلامة العيني في عمدة القارىءوالصواب أن لبس الثوب المشبع بالحمرة يكره للرجال دون ما كان صبغه خفيفا والله أعلموحديث هلال بن عامر عن أبيهقال المنذري اختلف في إسناده فقيل انفرد بحديثه أبو معاوية الضرير وقيل إنه أخطأ فيه لأن يعلى بن عبيد قال فيه عن هلال بن عمرو عن أبيه وصوب بعضهم الأولوعمرو هذا هو بن رافع المزني مذكور في الصحابة وذكر له هذا الحديث وقال بعضهم فيه عن عمرو بن أبي رافع عن أبيه." (١)

"وقد روى ثلاثة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه بدأ في اليمين بالمدعين سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج وسويد بن النعمانوقال الشافعي لا يحلف في القسامة إلا وارث لأنه لا يملك بها إلا دية القتيل ولا يحلف الإنسان إلا على ما يستحقه والورثة يقتسمون على قدر مواريثهم انتهـــىوقال محمد بن إسحاق بن خزيمة عن بن عبد الحكم سمعت الشافعي يقول سافرت إلى جيزان ووداعة ثلاثا وعشرين سفرة أسألهم عن حكم عمر بن الخطاب في القتيل وأحكي لهم ما روي عنه فقالوا إن هذا لشيء ما كان ببلدنا قطقال الشافعي والعرب أحفظ شيء لأمر كانوأما حديث أبي سعيد الخدري أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشير فألقى ديته عليهم فرواه أحمد في مسنده وهو من رواية أبي إسرائيل الملائي عن عطية العوفي وكلاهما فيه ضعفومع هذا فليس فيه ما يضاد حديث القسامةوقد ذهب إليه أحمد في رواية حكاه في كتاب الورع عنهوأما حديث بن عباس لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهمولكن اليمين على المدعى عليهفهذا إنما يدل على أنه لا يعطى أحد بمجرد دعواه دم رجل ولا مالهوأما في القسامة فلم يعط

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ١١/ ٨٥

الأولياء فيها بمجرد دعواهم بل بالمبينة وهي ظهور اللوث وأيمان خمسين لا **بمجرد الدعوى** وظهور اللوث وحلف خمسين بينة بمنزلة الشهادة أو أقوىوقاعدة الشرع أن اليمين تكون في جانبه أقوى المتداعيينولهذا يقضي للمدعي بيمينه إذا نكل المدعى عليه كما حكم به الصحابة لقوة جانبه بنكول الخصم المدعى عليه ولهذا يحكم له بيمينه إذا أقام شاهدا واحدا لقوة جانبه بالشاهد فالقضاء بها في القسامة مع قوة جانب المدعين باللوث الظاهر أولى وأحرىوطرد هذا القضاء بها في باب اللعان إذا لاعن الزوج ونكلت المرأة فإن الذي يقوم عليه الدليل أن الزوجة تحد وتكون أيمان الزوج بمنزلة الشهود كما قاله مالك والشافعيوقال أبو حنيفة لا تقبل في الموضعينوقال مالك تقبل في الموضعينوقال أحمد تقبل في القسامة دون اللعانوقال الشافعي تقبل في اللعان دون القسامةوقول مالك أرجح وعليه تدل الأدلة." (١)

"**بمجرد الدعوى** انتهىكلام الشوكانيوقد عقد الإمام البخاري في صحيحه بابا بلفظ باب الصلاة في الثوب الأحمر وأورد فيه هذا الحديثقال الحافظ في الفتح يشير إلى الجواز والخلاف في ذلك مع الحنفية فإنهم قالوا يكره وتأولوا حديث الباب بأنها كانت حلة من برود فيها خطوط حمر انتهىويأتي الكلام في هذه المسألة في موضعها بالبسط إن شاء اللهقوله (حديث أبي جحيفة حديث حسن صحيح) وأخرجه البخاري ومسلم إلا أنهما لم يذكرا فيه إدخال الإصبعين في الأذنين ولا الاستدارةوفي الباب عن عبد الرحمن بن سعد بن عمار بن سعد مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حدثني أبي عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يجعل إصبعيه في أذنيه قال إنه أرفع لصوتك أخرجه بن ماجه وهو حديث ضعيفوفي الباب روايات أخرىقوله (وعليه العمل عند أهل العلم يستحبون أن يدخل المؤذن إصبعيه في أذنيه في الأذان) قالوا في ذلك فائدتان إحداهما أنه قد يكون أرفع لصوته وفيه حديث ضعيف أخرجه أبو الشيخ من طريق سعد القرظ عن بلالوثانيتهما أنه علامة للمؤذن ليعرف من رآه على بعد أو كان به صمم أنه يؤذن قاله الحافظ وقال لم يرد تعيين الإصبع التي يستحب وضعها وجزم النووي أنها المسبحة وإطلاق الإصبع مجاز عن الأنملة انتهى قوله (وقال بعض أهل العلم وفي الإقامة أيضا يدخل إصبعيه في أذنيه وهو قول الأوزاعي) لا دليل عليه من السنةوأما القياس على الأذان فقياس مع الفارقفال القارىء في المرقاة في شرح حديث عبد الرحمن بن سعد إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بلالا أن يجعل إصبعيه في أذنيه قال إنه أرفع لصوتك ما لفظه قال الطيبي ولعل الحكمة أنه إذا سد صماخيه لا يسمع إلا الصوت الرفيع فيتحرى

---

(١) عون المعبود وحاشية ابن القيم العظيم آبادي، شرف الحق ١٢/١٦٥

في استقصائه كالأطرش قيل وبه يستدل الأصم على كونه أذانا فيكون أبلغ في الاعلامقال بن حجر ولا يسن ذلك في الإقامة رأنه لا يحتاج فيها إلى أبلغية الإعلام لحضور السامعين انتهى (وأبو جحيفة اسمه وهب السوائي) بمضمومة وخفة واو فألف فكسر همزة نسبة إلى سواءة بن عامر كذا في المغني." (١)

"١٣ - (باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد)[١٢٢٢] قوله (لا يبيع حاضر لباد) الحاضر ساكن الحضر والبادي ساكن البادية قال في القاموس الحضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية والحضارة الإقامة في الحضرثم قال والحاضر خلاف البادي وقال في البدو والبادية والباداة والبداوة خلاف الحضر وتبدى أقام بها وتبادى تشبه بأهلهاوالنسبة بداوي وبدوي وبدا القوم خرجوا إلى الباديةانتهقال النووي هذه الأحاديث تتضمن تحريم بيع الحاضر للبادي وبه قال الشافعي والأكثرون قال أصحابنا والمراد به أن يقدم غريب من البادية أو من بلد آخر بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه فيقول له البلدي اتركه عندي لأبيعه على التدريج بأغلقال أصحابنا وإنما يحرم بهذه الشروط وبشرط أن يكون عالما بالنهيفلو لم يعلم النهي وكان المتاع مما لا يحتاج في البلد أو لا يؤثر فيه لقلة ذلك المجلوب لم يحرم ولو خالف وباع الحاضر رلبادي صح البيع مع التحريمهذا مذهبنا وبه قال جماعة من المالكية وغيرهم وقال بعض المالكية يفسخ البيع ما لم يفتوقال عطاء ومجاهد وأبو حنيفة يجوز بيع الحاضر للبادي مطلقا لحديث الدين النصيحةقالوا وحديث النهي عن بيع حاضر لباد منسوخوقال بعضهم إنه على كراهة التنزيه **بمجرد الدعوى**انتهى كلام النوويوقال في سبل السلام وكل هذه القيود لا يدل عليها الحديث بل استنبطوها من تعليلهم للحديث بعلل متصيدة من الحكمقال ودعوى النسخ غير صحيحة لافتقاره إلى معرفة التاريخوحديث النصيحة مشروط فيه أنه إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصح له فإذا استنصحه نصحه بالقول لأنه يتولى له البيعقوله (وفي الباب عن طلحة) أخرجه أبو داود (وأنس) أخرجه الشيخان (وجابر) أخرجه مسلم (وبن عباس) أخرجه الشيخان (وحكيم بن أبي يزيد عن أبيه) أخرجه أحمد وذكره الحافظ في الفتح وسكت عنهوأما حديث عمرو بن عوف وحديث رجل من." (٢)

"كسروانية لها لبنة ديباج وفرجيها مكفوفين بالديباج وقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت عند عائشة فلما قبضت قبضتها وكان النبي صلى الله عليه وسلم يلبسها فنحن نغسلها للمرضى

---

(١) تحفة الأحوذي عبد الرحمن المباركفوري ١/٥٠٤

(٢) تحفة الأحوذي عبد الرحمن المباركفوري ٤/٣٤٧

نستشفي بهاقوله (هذا حديث حسن صحيح) وأخرجه أحمد والنسائي(باب ما جاء في الرخصة في الثوب الأحمر للرجال)[١٧٢٤] قوله (ما رأيت من ذي لمة) بكسر اللام وتشديد الميمقال الجزري في النهاية الجمة من شعر الرأس ما سقط على المنكبين واللمة من شعر الرأس دون الجمة سميت بذلك لأنها ألمت بالمنكبين والوفرة من شعر الرأس إذا وصل إلى شحمة الأذن (في حلة) قال في القاموس الحلة بالضم إزار ورداء برد أو غيره ولا يكون حلة إلا من ثوبين أو ثوب له بطانة انتهوقال النووي الحلة هي ثوبان إزار ورداء قال أهل اللغة لا تكون إلا ثوبين سميت بذلك لأن أحدهما يحل على الآخر وقيل لا تكون الحلة إلا الثوب الجديد الذي يحل من طيه (حمراء)قال بن الهمام الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيها خطوط حمر وخضر لا أنه أحمر بحتوقال بن القيم غلط من ظن أنها كانت حمراء بحتا لا يخالطها غيرها وإنما الحلة الحمراء بردان يمانيان منسوجان بخطوط حمر مع الأسود كسائر البرود اليمانية وهي معروفة بهذا الاسم باعتبار ما فيها من الخطوط وإنما وقعت شبهة من لفظ الحلة الحمراء انتهقال الشوكاني ولا يخفاك أن الصحابي قد وصفها بأنها حمراء وهو من أهل اللسان والواجب الحمل على المعنى الحقيقي وهو الحمراء البحت والمصير إلى المجاز أعني كون بعضها أحمر دون بعض لا يحمل ذلك الوصف عليه إلا لموجب فإن أراد يعني بن القيم أن ذلك معنى الحلة الحمراء لغة فليس في كتب اللغة ما يشهد لذلك وإن أراد أن ذلك حقيقة شرعية فيها فالحقائق الشرعية لا تثبت **بمجرد الدعوى** والواجب حمل مقالة ذلك الصحابي على لغة العرب لأنها لسانه ولسان قومه فإن قال إنما فسرها بذلك التفسير للجمع بين الأدلة فمع كون كلامه آبيا عن ذلك لتصريحه بتغليط من قال إنها الحمراء البحت لا ملجىء إليه لإمكان الجمع بدونه مع أن." (١)

"وقال القاضي: إن كان القتل عمدا، لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير، ولا الحاضر حتى يقدم الغائب؛ لأن حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئا في الحال، وإن كان موجبا للمال كالخطأ وعمد الخطأ، فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية. اهـ.ولم يتعرضوا لحبس المدعى عليه في القسامة في حال صغر أو جنون بعض الورثة، ولعل وجهه عدم ثبوت الحق عليه؛ فلم يحبس **بمجرد الدعوى**، لكن قد يقال: للمدعي ملازمته والمطالبة بحبسه، خوفا من هربه، وإن على القاضي إجابة طلبه مع قوة التهمة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حبس في التهمة؛ كما ذكره ابن القيم- رحمه الله- في ((الطرق الحكمية))

---

(١) تحفة الأحوذي عبد الرحمن المباركفوري ٥/٣١٨

، والله أعلم.فائدةمسائل في القسامةالمسألة الأولى: إذا وجد قتيل في موضع، فادعي أولياؤه قتله على أهل المحلة، أو على واحد منهم، وليس بينهم عداوة: فعليهم البينة أو يمين المدعى عليهم كسائر الدعاوى، وقاله مالك والشافعي.وقال أبو حنيفة وأصحابه: للولى أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يمينا: ما قتلناه ولا علمنا بقاتله، فإن نقصوا عن الخمسين، كررت عليهم الأيمان حتى تتم خمسين، فإن لم يحلفوا، حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا.المسألة الثانية: إذا كانت دعوى القتل على غير معين؛ كأهل مدينة أو محلة، أو واحد غير معين، أو جماعة غير معينين من أهل المدينة، ونحو ذلك، لم تسمع الدعوى، وقاله الشافعي.وقال أبو حنيفة: تسمع ويستحلف خمسون منهم؛ لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم دعواهم.." (١)

"وقال الطحاوي: هذا شريح، وهو قاضي عمر وعثمان وعلي الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قد روى عنه هذا، ووافق أبا حنيفة في هذا عطاء بن السائب وأبو بكر بن محمد وزفر بن الهذيل.فإن قلت: ما تقول في وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم؟.فالجواب: أن وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جاز؛ لأن المانع منه وقوعه حبسا عن فرائض الله، ووقفه صلى الله عليه وسلم لم يكن حبسا عن فرائض الله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة)).وأما أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بعد موته صلى الله عليه وسلم، فيحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة هذا هو الظاهر.فإن قلت: قال البيهقي: ولو صح هذا الخبر لكان منسوخا.قلت: النسخ لا يثبت إلا بدليل، ولم يبين دليله في ذلك، **فمجرد الدعوى** غير صحيحة.والجواب عن حديث الباب: أن قوله صلى الله عليه وسلم: ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)) لا يستلزم[ج ١٢ ص ٥٣٧]إخراجها عن ملكه، ولكنها تكون جارية على ما أجراها عليه ما تركها، ويكون له فسخ ذلك متى شاء.ويؤيد هذا ما رواه الطحاوي، وقال: حدثنا يونس: أنا ابن وهب: أن مالكا أخبره عن زياد بن سعد، عن ابن شهاب: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله صلى الله عليه وسلم أو نحو هذا لرددتها، فلما قال عمر رضي الله عنه هذا دل ذلك على أن نفس الإيقاف للأرض لم يكن يمنعه من الرجوع فيها، وإنما منعه من الرجوع فيها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره فيها بشيء وفارقه على الوفاء به، فكره أن يرجع عن ذلك كما كره ربط عبد الله بن عمر أن

---

(١) المنتقى من فرائد الفوائد ابن عثيمين ص/١٨٩

يرجع بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصوم الذي كان فارقه عليه أنه يفعله، وقد كان له أن لا يصوم.وأما ما قاله ابن حزم: هذا الخبر منكر وبلية من البلايا، وكذب بلا شك. فقد قال العيني: إن قوله: هذا بلية وكذب، تهافت عظيم، وكيف يقول هذا القول السخيف، والحال أن رجاله علماء ثقات؛ فيونس من رجال مسلم، والبقية من رجال «الصحيح»، والله تعالى أعلم.." (١)

"فإن قيل: كيف تصنعون بقوله: (فجعل عقله على اليهود)؟ فيقال: هذا مجمل لم يحفظ راويه كيفية جعله عليهم، فإنه صلى الله عليه وسلم لما كتب إليهم أن يدوا القتيل أو يؤذنوا بحرب؛ كان هذا كالإلزام لهم بالدية، ولكن الذي حفظ أنهم أنكروا أن يكونوا قتلوه، وحلفوا على ذلك، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وداه من عنده؛ حفظوا زيادة على ذلك، فهم أولى بالتقديم.فإن قيل: كيف تصنعون برواية النسائي: (قسمها على اليهود، وأعانهم ببعضها)؟ قيل: هذا ليس بمحفوظ قطعا، فإن الدية لا تلزم المدعى عليهم بمجرد دعوى أولياء القتيل، بل لا بد من إقرار، أو بينة، أو أيمان المدعين، ولم يوجد هنا شيء من ذلك، وقد عرض النبي صلى الله عليه وسلم أيمان القسامة على المدعين، فأبوا أن يحلفوا، فكيف يلزم اليهود بمجرد الدعوى؟! والله أعلم.." (٢)

"والنكول عند المالكية والشافعية وفي أحد رأيين عند الحنابلة لا يكون حجة يقضى بها على المدعى عليه، بل إذا نكل في دعوى المال أو ما يئول إليه ردت اليمين على المدعي بطلب المدعى عليه، فإن حلف المدعي قضي له بما طلب وإن نكل المدعي رفضت دعواه. فقد أقاموا نكول المدعى عليه مقام الشاهد، إذ عندهم أنه يقضى للمدعي بحقه إذا أقام شاهدا وحلف، فكذلك يقضى له بنكول المدعى عليه وحلف المدعي. فالحق عندهم لا يثبت بسبب واحد، كما لا يثبت بشاهد واحد. فإن حلف استحق به وإلا فلا شيء له.وعند المالكية أن كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين عدلين، كالقتل والنكاح والطلاق، فلا يمين توجه من المدعي على المدعى عليه بمجرد الدعوى، ولا بد لتوجيه اليمين من إقامة شاهد على الدعوى، فيحلف المدعى عليه لرد شهادة الشاهد، ولا ترد على المدعي، إذ لا فائدة في ردها عليه.وعند الحنفية أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين الموجهة إليه قضي عليه بنكوله لكونه باذلا أو مقرا، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين ليدفع الضرر عن نفسه. ولا وجه لرد اليمين للحديث السابق ذكره.وفي رواية لأحمد،

---

(١) نجاح القاري لصحيح البخاري ص/١٠٦١٩

(٢) التلقيح لفهم قارئ الصحيح ص/١٢٢٨٨

وهي التي اختارها أبو الخطاب من الحنابلة، أنه إن نكل ترد اليمين على المدعي، ويحكم له بما ادعاه، كما تقدم. (١)____________(١) تبصرة الحكام ١ / ٢٧٣ ط الحلبي وتهذيب الفروق ٤ / ١٥١ ط دار إحياء الكتب، ونهاية المحتاج ٨ / ٣٣٥ ط الحلبي، والبحر ٧ / ٢٢٤ ط العلمية، ومنتهى الإرادات ٢ / ٦٠١ ط دار العروبة والمغني ١٢ / ١٢٣، ١٢٤.." [١]

"فإذا سلك المدعي السبيل الأول فإنه ينبغي عليه أن يدعو خصمه إلى مجلس القضاء بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال، والأصل أنه يجب على المدعى عليه الإجابة إلى ذلك وعدم التأخر. (١) لقوله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون﴾ . (٢)فقد دلت هذه الآيات الكريمة على أنه يجب على كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه إلى التحاكم إلى شرع الله تعالى، وأن من أعرض عن ذلك كان ظالما فاجرا. (٣)٦٠ - وأما إذا سلك المدعي الطريق الآخر، أو رفض خصمه الحضور معه إلى مجلس القضاء، فالأصل أنه يجب على القاضي إحضاره، ولكن للفقهاء تفصيلا وخلافا في وجوب إحضار المدعى عليه **بمجرد الدعوى**.____________(١) روضة القضاة للسمناني ق ٣٢ ب، تبصرة الحكام ١ / ٣٠٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ق ١٤ ب، كشاف القناع ٤ / ١٩٢(٢) سورة النور الآيات ٤٨ - ٥١(٣) تفسير ابن كثير ٣ / ٢٩٨." [٢]

"فعند الحنفية يفرق بين حالتين: (الأولى) : أن يكون المدعى عليه قريبا من مجلس القضاء بحيث إذا أحضره القاضي أمكنه أن يرجع إلى منزله فيبيت فيه. (والثانية) : أن يكون بعيدا عن مجلس القضاء بحيث إذا أحضر إليه لم يتمكن من المبيت في منزله.ففي الحالة الأولى يجب على القاضي إحضاره **بمجرد الدعوى**، إذ لا يتم إنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك.وفي الحالة الثانية لا يجب على القاضي إحضاره **بمجرد الدعوى**، وإنما يجوز له ذلك، لأن حضور مجلس القضاء يزري ببعض الناس، وقد لا يكون للمدعي غرض من دعواه إلا أذية خصمه. ولكن يجب على القاضي إحضار الخصم إذا استطاع المدعي أن يعضد دعواه ببينة يقيمها، فإن فعل أمر القاضي بإحضاره. ثم إذا حضر أعيدت البينة من أجل

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٤٢/١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣١٠/٢٠

القضاء بها. وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يطلب من المدعي بينة من أجل إحضار خصمه، وإنما يكتفي منه باليمين على صدق دعواه، فإن حلف أمر القاضي بإحضار خصمه، وإلا فلا. (١)وعند المالكية يفرق بين البعيد والقريب، وحد البعد عندهم مسيرة ثلاثة أيام، فأما____________(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ٤٢٠ ط بولاق ١٢٧٢ هـ.." [١]

"القريب فينبغي على القاضي أن يأمر بإحضاره **بمجرد الدعوى**، فإن أبى لغير عذر أحضره قهرا. على أنه لا يأمر بإحضاره إلا إذا قدم المدعي وجها يستوجب إحضاره، فإن أظهر حجة أو قولا يوجب ذلك أجابه، وإن لم يظهر شيئا لم يأمر بإحضار المدعى عليه.وأما إذا كان المطلوب بعيدا عن مجلس القضاء أكثر من مسافة القصر، فإنه لا يجب إحضاره، وقد أجاز المالكية القضاء على الغائب البعيد إذا كان مع المدعي بينة، فإن لم يكن معه بينة فقد جعلوا للقاضي الذي رفعت إليه الدعوى أن يكتب إلى قاضي المدعى عليه، ويطلب منه استجوابه، ويسجل ما بيديه من حجج ثم يرسلها إليه، ثم ينظر في الدعوى على ضوء ما يصله من قاضي المدعى عليه، وذهب بعضهم إلى أنه إذا كان مع المدعي شاهد بدعواه كتب القاضي إلى المدعى عليه: إما أن تحضر أو ترضي خصمك. (١)وعند الشافعية يجب إحضار الخصم الحاضر في البلد، أو من كان قريبا من مجلس الحكم، بحيث يستطيع الحضور إليه والرجوع إلى بلده في اليوم نفسه. ولكنهم اشترطوا من أجل وجوب إحضار الخصم أن لا يعلم كذب______________(١) العقد المنظم للحكام ٢ / ١٩٩، القوانين الفقهية ص ٢٨٧، القول المرتضى ق ٣ ب." [٢]

"المدعي، وأن لا يكون المدعى به مستحيلا عقلا أو عادة، وأن لا يكون المدعى عليه مستأجرا لعين يعطل حضوره استيفاء منفعتها، وإنما يحضره إذا انقضت مدة الإجارة، وقد ضبطوا التعطيل المضر بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت. (١)والشافعية كالمالكية والحنابلة يجيزون القضاء على الغائب إذا كان مع المدعي بينة مقبولة، وبهذا يستطيع المدعي على الغائب البعيد أن يسلك هذا الطريق من غير أن يطلب إحضار خصمه. (٢)وعند الحنابلة مسلك قريب مما ذهب إليه الشافعية: فقد فصلوا بين القريب من مجلس الحكم والبعيد عنه، فالقريب يحضر **بمجرد الدعوى**، ولا يطلب من المدعي تفصيل مطالبه، ولا ذكر الشروط المصححة للدعوى، والبعيد لا يحضر إلا إذا فصل المدعي دعواه وذكر جميع شروطها، ولكن

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٠/٣١١

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٠/٣١١

مقتضى كلامهم أنه يجب على القاضي في القريب أن يستفسر عن بعض شروط الدعوى، فيسأل مثلا عن المدعى به ليعلم إن كان تافها لا تتبعه الهمة أو غير تافه. ويجدر بالذكر أن الحنابلة هم ممن أجاز القضاء على الغائب البعيد، ولذلك فإن المدعي________(١) تحفة المحتاج ١٠ / ١٨٦، ١٨٩(٢) المهذب ٢ / ٣٠٥، شرح المحلي، حاشية قليوبي وعميرة ٤ / ٣٠٨." [١]

"ب - إذا ادعى إنسان نسب لقيط ألحق به؛ لانفراده بالدعوى، فإذا جاء آخر بعد ذلك وادعاه فلم يزل نسبه عن الأول - رغم الشك الذي أحدثته دعوى الثاني - لأنه حكم له به فلا يزول **بمجرد الدعوى**، إلا إذا شهد القائفون بأنه للثاني فالقول قولهم لأن القيافة تعتبر بينة في إلحاق النسب (١) . وإذا ادعى اللقيط اثنان فألحقه القائفون بهما صح ذلك شرعا وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه ميراث أب واحد، وهذا الرأي يروى عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وهو قول أبي ثور (٢) .وقال أصحاب الرأي يلحق بهما **بمجرد الدعوى** للآثار الكثيرة الواردة في ذلك.الشك ينتفع به المتهم:٣٨ - اتفق الفقهاء على أنه: تدرأ الحدود بالشبهات (٣) . والأصل في ذلك عن عائشة أم المؤمنين - رضي الله تعالى عنها - قالت - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ادرءوا الحدود عن________(١) نهاية المحتاج للرملي ٨ / ٣٥٢، مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧ هـ.(٢) تراجع في: مصطلح نسب من الموسوعة الفقهية، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٤٠٠.(٣) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ٣٧٩، نزهة النواظر على الأشباه والنظائر ص ١٤٢.." [٢]

"١١ - وإذا قتل رجلا، وادعى أنه وجده مع امرأته، فأنكر ولي المقتول فالقول قول الولي، لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته، فإذا مع امرأته رجل، فقتلها وقتله، قال علي: إن جاء بأربعة شهداء، وإلا فليعط برمته، ولأن الأصل عدم ما يدعيه، فلا يسقط حكم القتل **بمجرد الدعوى**.إلا أن الفقهاء اختلفوا في البينة.فقال الجمهور: إنها أربعة شهداء، لخبر علي السابق، ولما ورد أن سعد بن عبادة رضي الله عنه قال: يا رسول الله، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعه شهداء؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: نعم. . . الحديث " (١) .وفي رواية عند الحنابلة أنه يكفي شاهدان، لأن البينة تشهد على وجود الرجل على المرأة، وليس على الزنا (٢) .وكذا لو قتل رجلا في داره، وادعى أنه قد

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣١٢/٢٠

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٢٠٤/٢٦

هجم على منزله، فأنكر ولي المقتول، قال الحنفية: إن لم تكن له بينة، ولم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة، قتل صاحب الدار________________(١) حديث سعد بن عبادة: " أيا رسول الله! أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا. . . ". أخرجه مسلم (٢ / ١١٣٥) .(٢) مغني المحتاج ٤ / ١٩٩، وروضة الطالبين ١٠ / ١٩٠، والمغني لابن قدامة ٨ / ٣٣١، وحاشية الدسوقي ٤ / ٣٥٧.." [١]

"وقوله صلى الله عليه وسلم: فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إياه (١) .ولأنه من المتعذر إقامة البينة على اللقطة، لأنها ضاعت من صاحبها حال السهو والغفلة وليس عنده شهود في هذه الحالة، ويمكن أن يكون ذكر الأوصاف والعفاص والوكاء من البينة (٢) .وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الملتقط لا يجوز له أن يدفعها لمدعيها إذا لم يصفها بصفاتها ولم يقم بينة عليها، ولم يعلم الملتقط أنها له، ولا يجبره الحاكم على دفعها إليه، لأن الناس لا يعطون **بمجرد الدعوى**، فإن ادعاها اثنان ووصفاها، أو أقاما بينتين متساويتين أقرع الملتقط بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف ودفعت إليه، لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع فتساويا فيه (٣) .اللقطة في الحرم٢١ - يرى جمهور الفقهاء أنه لا فرق بين لقطة________________(١) حديث: " فإن جاء أحد يخبرك بعددها. . . ". أخرجه مسلم (٣ / ١٣٥١) .(٢) فتح القدير ٦ / ١٢٩، ١٣٠، والمدونة الكبرى ٦ / ١٧٤، ١٧٥، وتبيين الحقائق ٣ / ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢ / ٤١٦، ٤١٧، والمغني والشرح الكبير ٦ / ٣٣٦، ٣٣٧.(٣) المغني والشرح الكبير ٦ / ٣٣٧.." [٢]

"الثالث: أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه كأن يقول: لم أكن مع القوم المتفرقين عن القتيل، أو لست أنا الذي رئي معه السكين المتلطخ بالدم على رأسه، أو لست أنا المرئي من بعيد، فعلى المدعي البينة على الأمارة التي ادعاها، فإن لم يكن بينة حلف المدعى عليه على نفيها وسقط اللوث وبقي **مجرد الدعوى**.ولو قال: كنت غائبا يوم القتل أو ادعى على جمع، فقال أحدهم: كنت غائبا يصدق بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته من القتل، فإن أقام المدعي البينة على حضوره يومئذ أو إقراره بالحضور يومئذ، وأقام المدعى عليه بينة بغيبته، قال النووي: ففي الوسيط تتساقطان وفي التهذيب تقدم بينة الغيبة، لأن معها زيادة علم، هذا إذا اتفقا على أنه كان حاضرا من قبل، ولو أقسم المدعي وحكم القاضي بموجب القسامة، ثم

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ١١٠/٢٨

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٠٨/٣٥

أقام المدعى عليه بينة على غيبته يوم القتل أو أقر بها المدعي نقض الحكم واسترد المال (١) ، كما لو قامت بينة على أن القاتل غيره (٢) .الرابع: تكذيب بعض الورثة بعضهم، فإذا كان للميت ابنان فقال أحدهما: قتل زيد أبانا وقد ظهر عليه اللوث، وقال الآخر: لم________________(١) المصدر السابق.(٢) روضة الطالبين ١٠ / ١٤.." [1]

"ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور: هل حد القذف خالص للإنسان، فيجري فيه الاستحلاف كما في سائر حقوق العباد، أو أن فيه حقين، وحق الله غالب، فلا يحلف، وقد سبق بيانه في صفة حد القذف.المبحث السادس . صلاحيات القاضي في إثبات القذف:إذا رفعت دعوى القذف إلى القاضي، فإما أن ينكر القاذف، أو يقر. فإن أنكر وطلب المقذوف من القاضي التأجيل لإقامة البينة، وادعى أن له بينة في المصر على قذفه، فإنه يؤجله إلى أن يقوم من مجلسه، ويحبس (١) المدعى عليه القذف في تلك الفترة. فإن أحضر البينة قبل قيام الحاكم من مجلسه، تم المقصود، وإلا خلى سبيله.ولا يجوز عند أبي حنيفة في فترة الانتظار إلى آخر مجلس الحاكم أن يأخذ كفيلا بنفس المدعى عليه؛ لأن المقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في إيفاء الحد، وهذا لا يتحقق في الحدود والقصاص، ولأن الكفالة شرعت للاستيثاق، والحدود مبناها على الدرء والإسقاط، قال عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم» (٢) فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة، بخلاف الحبس، فإن الحبس للتهمة مشروع.وقال الصاحبان والشافعية: يأخذ القاضي من المدعى عليه كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام، ليأتي بالبينة، ولا يحبسه؛ لأنه لا ضرر على المدعى عليه، فتؤخذ منه________________(١) المراد من الحبس: الملازمة، أي يقال للمدعي: لازمه إلى هذا الوقت، لأن الحبس عقوبة، **وبمجرد الدعوى** لا تقام العقوبة على أحد (المبسوط: ١٠٦/ ٩).(٢) تقدم تخريجه عن عائشة، وأنه ضعيف الإسناد، والأصح أنه موقوف على جماعة من الصحابة مثل عمر وعلي وابن مسعود وعقبة بن عامر ومعاذ.." [2]

"٨ – المقر له بنسب محمول على الغير (١):إذا مات الإنسان ولم يترك وارثا ممن تقدم من المراتب، كانت التركة للمقر له بنسب على الغير، ثم للموصى له بالزائد عن الثلث، ثم لبيت المال.فالمقر له بنسب محمول على الغير يرث من المقر نفسه إذا مات المقر، وليس له ذو فرض، ولا عاصب، ولا ذو رحم، ولا

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٤٨/٣٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٥٤١٨/٧

مولى الموالاة.والمقر له بالنسب على الغير: هو أن يقر شخص لآخر مجهول النسب بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه، ولم يثبت نسبه بدليل آخر غير الإقرار، فالأول فيه حمل النسب على الأب، والثاني فيه حمل النسب على الجد، والثالث فيه حمل النسب على الابن.فلا يثبت به نسب المقر له من المقر عليه؛ لأنه لا يملك إنسان أن يلحق نسب شخص بآخر **بمجرد الدعوى**، فلا يرث شيئا من تركة المقر عليه، وإنما يستحق من تركة المقر نفسه إذا مات، ولم يكن له أحد من أصحاب المراتب السابقة، وذلك بقيود ثلاثة:الأول ـ أن يكون الإقرار بالنسب متضمنا لإقراره بنسبه على غيره: فإن تضمن إقراره بنسبه منه، كأن يقر له بأنه ابنه، ثبت نسبه منه.الثاني ـ أن يكون الإقرار بحيث لا يثبت به نسبه من ذلك الغير: كما إذا لم يصدقه أبوه في هذا النسب، في المثال الأول المتقدم.فإذا صدقه أبوه في الإقرار بالنسب، ثبت بإقرار المقر نسبه من أبيه أيضا،__________(١) استحقاق المراتب السابقة هو على وجه الإرث، أما المقر له بالنسب وما سيأتي فهو على وجه آخر سنعرفه.." [1]

"باب في الاشتراك في الأضحيةمسألة (٧٧٤) جماهير العلماء على جواز اشتراك السبعة في البدنة أو البقرة سواء كانوا أهل بيت واحد أو متفرقين وسواء قصد بعضهم أو كلهم القربى وسواء كانت أضحية أو منذورة. وهو مذهب الشافعي، وبه قال أحمد وداود (١) إلا أن داود جوزه في التطوع دون الواجب. وبه قال بعض أصحاب مالك.وقال أبو حنيفة: إن كانوا كلهم متقربين جاز، وقال مالك: لا يجوز الاشتراك مطلقا كما لا يجوز في الشاة الواحدة. وروي عن عمر بن الخطاب أنه قال: لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة. وعن سعيد بن المسيب أن الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة. وبه قال إسحاق (٢).مج ج ٨ ص ٢٩٨ مغ ج ١١ ص ٩٦ بداية ج ١ ص ٥٧٣. الحاوي ج ١٥ ص ١٢٢.مسألة (٧٧٥) قال النووي:قال جمهور العلماء من أهل اللغة وغريب الحديث والفقهاء:المقابلة التي قطع من مقدم أذنها فلقة وتدلت في مقابلة الأذن ولم ينفصل، والمدابرة التي قطع من مؤخر أذنها فلقة وتلت منه، ولم تنفصل، والفلقة الأولى تسمى الإقبالة والأخرى تسمى الإدبارة.باب في الإنابة والتوكيل في الأضحيةمسألة (٧٧٦) جماهير العلماء على أنه يجوز لمريد التضحية أن يستنيب أو يوكل كتابيا في ذبح أضحيته مع كراهة ذلك. وهو مذهب الشافعي. وهو قول أبي ثور وابن المنذر.وقال مالك: لا يصح وتكون شاة لحم. وحكي هذا عن أحمد. وممن كره ذلك__________(١) وروى ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي وهبة الزحيلي ٧٧٤٢/١٠

رضي الله تعالى عنهم. وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثورى والأوزاعي وأبو ثور وأصحاب الرأي.(٢) انظر الحاوى ج ١٥ ص ١٢٣. وانظر مغ ج ١١ ص ١١٨. قلت: قال النووي: وزعم الطحاوي أن هذا الحديث (حديث تضحية النبي – صلى الله عليه وسلم – عن نفسه وأهل بيته) منسوخ أو مخصوص وغلطه العلماء في ذلك فإن النسخ والتخصيص لا يثبتان **بمجرد الدعوى**. قلت: وحكى النووي عن الجمهور جواز التضحية في ما يجزئ عن الواحد وجعلها عن أهل البيت كلهم. وحكى عن أبي حنيفة والثوري كراهة ذلك. انظر شرح ح ١٣ ص ١٢٢.." [1]

"فصل في القسامة (١) والدعاوى في النفوس والكفارة فيها

باب في هل تشرع القسامة؟

مسألة (١٤٢٢) جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار في الحجاز والشام والكوفة على أن القسامة مشروعة، وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وسفيان وداود وغيرهم رحمهم الله تعالى.

قلت: وحكم بها عبد الله بن الزبير وذهبت طائفة من التابعين وغيرهم إلى أن القسامة لا تشرع وأنها لا تحل دما ولا تحقنه منهم: الحكم بن عتيبة وأبو قلابة وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وقتادة ومسلم بن خالد وإبراهيم بن علية.

وروي عن معاوية بن أبي سفيان أنه لم يقد بها، وروي أنه أذن بها.

قلت: وهو مذهب البخاري وحكاه عنه النووي وقال: وعن عمر بن عبد العزيز روايتان كالمذهبين.

فتح الباري جـ ٢٦ (ص ٥٨) بداية جـ ٢ (ص ٥١١) نيل الأوطار جـ ٧ (ص ١٨٥) القرطبي جـ ١ (ص ٤٥٧) شرح جـ ١١ (ص ١٤٣).

---

(١) القسامة بفتح القاف من القسم، إما أن يراد بها الأيمان الكثيرة أو يراد بها الحالفون أنفسهم ومعناها في الشرع أن يحلف أولياء المقتول على من يتهمونه بالقتل ولا بينة لهم أنه قتله أو يحلف أهل المتهم وأولياؤه أنه ما قتل صاحبهم وعدة الأيمان فيها خمسون يمينا. انظر مغ جـ ١٠ (ص ٢) فتح جـ ٢٦ (ص ٥٣) الحاوي الكبير جـ ١٣ (ص ٣).

---

(١) موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي محمد نعيم ساعي ٤٠٣/١

قلت: وهل توجب القسامة القصاص في قتل العمد أم أن قصارى ما فيها الدية؟ على مذهبين. قال بالأول أعني أنها توجب القصاص: الزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأصحابه والليث والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والشافعي في القديم من مذهبه، وحكاه النووي عن معظم فقهاء الحجاز، وقال: وروى عن ابن الزبير وعمر بن العزيز، قال أبو الزناد: قلنا بها وأصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – متوافرون، إني لأرى أنهم ألف رجل، فما اختلف منهم اثنان، وقال آخرون: ليس في القسامة قصاص، وبه قال فقهاء الكوفة والشافعي في أصح قوليه، وروى هذا عن الحسن البصرى والشعبي والنخعي وعثمان الليثي والحسن بن صالح، قال النووي: وروى أيضا عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاوية – رضي الله عنهم –. انظر شرح جـ ١١ (ص ١٤٣). قلت: وقد حكى النووي الإجماع على أنه لا يجب بالقسامة قصاص ولا دية **بمجرد الدعوى** حتى تكون هناك شبهة قوية يغلب على الظن بها صدق الدعوى. انظر شرح جـ ١١ (ص ١٤٤).." (١)

" وإذا اشترى جارية فولدت ولدين وأعتق أحدهما ثم ادعاه البائع فإنه يثبت نسبه منهما ويبطل عتق المشتري

والفرق أن الولد ينفصل عن الأم من حرية الاستيلاد بدليل المغرور فلم يكن ثبوت نسب الولد شاهدا في بطلان عتق الأم فلو أبطلناه لأبطلناه **بمجرد الدعوى** وهذا لا يجوز

وليس كذلك التوأمان لأنه لا ينفصل عتق أحدهما عن الآخر بالاستيلاد لأن الحبل واحد فصار ثبوت نسب أحدهما شاهدا في إبطال عتق الآخر وإبطال العتق بالشهادة جائز كما لو اشترى عبدا فأعتقه ثم جاء مستحق واستحق بالبينة أبطل عتق المشتري كذلك هذا

٦٠٨ – ثم يرد الولد بحصته من الثمن في الفصل الأول إذا أعتق الأم

ولو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد صدق ويرد الثمن كله ويأخذ الولد

والفرق أن في عتق الأم سلم له بعض المعقود عليه لأن الولاء ثبت من المشتري عليه والولاء من أحكام ذلك الملك فإذا سلم له بعض المعقود عليه سلم له حصته من الثمن ." (٢)

---

(١) موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي محمد نعيم ساعي ٢/٨٣٧

(٢) الفروق، ٢/١٧٤

"ص –١٧– لدلالة النصوص على العمل بها فقال: "وليس منه مصلحة ضرورية كلية قطعية لأنها مما دل الدليل على اعتباره فهي حق قطعا، واشترطها الغزالي للقطع بالقول به لا لأصل القول به، قال: والظن القريب من القطع كالقطع.." اهـ من جمع الجوامع.وتراه زعم أن مسألة الترس ليست من المرسل لشهادة الشرع لها واعترضها أيضا عليه الأبياري من المالكية وهو من شيوخ ابن الحاجب بأن قال: "ما قاله يعني الغزالي في المسألة المذكورة غير صحيح ولم يبد دليلا على ما ادعاه بل اقتصر على **مجرد الدعوى**، واعتباره القيود الثلاثة وهي كونها ضرورية قطعية كلية أمر لا يتصور ولا وقوع له في الشريعة أصلا.." اهـ منه بواسطة نقل ابن حلولو في الضياء اللامع.ثم قال الغزالي في المستصفى: "فإن قيل فتوظيف الخراج من المصالح فهل إليه سبيل أو لا، قلنا لا سبيل إليه مع كثرة الأموال في أيدي الجنود، أما إذا دخلت الأيدي من الأمـ ـوال ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة من أهل الفرقة في بلاد الإسلام فيجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، ثم إن رأى في طريق التوزيع التخصيص بالأراضي فلا حرج، لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين، وما يؤديه كل واحد منهم قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت خطة الإسلام عن ذي شوكة يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور وكان هذا لا يخلو عن شهادة أصول معينة، فإن لولي الطفل، عمارة القنوات وإخراج أجرة الفصاد وثمن الأدوية، وكل ذلك تنجيز خسران لتوقع ما هو أكثر منه، وهذا أيضا يؤيد مسلك الترجيح في مسألة الترس، لكن هذا تصرف في." (١)

"اليمين على المدعى عليه ولم تنقلب على المدعي ولم يلزم شيء **بمجرد الدعوى** خلافا للشافعي وإن كان في الأموال وما يؤول إليها مما يقبل فيه رجل وامرأتان فحينئذ تجب اليمين على المنكر بعد إثبات الخلطة أو دونها حيث لا يشترط فإن حلف برىء وإن نكل لم يجب شيء بنكوله وقال أبو حنيفة يغرم بنكوله وعلى المذهب تنقلب اليمين على المدعى فإن حلف أخذ حقه وإن نكل فلا شيء له قال ابن حارث وكل من وجبت اليمين له أو عليه في الأموال أو الجراح خاصة ونكل عنها فلا بد من رد اليمين على صاحبه طلب ذلك خصمه أو لم يطلبه فإن نكل من انقلبت عليه اليمين بطل حقه إن كان طالبا وغرم إن كان مطلوبا تلخيص ما تقدم أنه يحكم في دعوى الأموال بستة أشياء بشاهدين وشاهد ويمين المدعي

---

(١) المصالح المرسلة، ص/١٧

وبامرأتين ويمين المدعي وبشاهد ونكول المدعى عليه وبامرأتين ونكول المدعى عليه وبيمين المعدي ونكول المدعى عليهاالقوانين الفقهية ج:١ ص:١٩١ ".و[١]

" بالعدد الذي شرط كل واحد من ذلك العدد عن مثل ذلك العدد كله

وهكذا متزايدا حتى يبلغ إلى تحقيق ذلك الخبر م ٨ ن دينه أو دنياه فحصل من كل قول منها بطلان كل خبر جملة ولا نحاشي شيئا لأنه وإن سمع هو بعض الأخبار من العدد الذي شرط فلا بد أن يبطل تلك المرتبة فيما فوق ذلك

وكل قول أدى إلى الباطل فهو باطل بلا شك وبالله تعالى التوفيق فلم يبق إلا قول من قال بالتواتر ولم يحد عددا

قال علي ونقول ههنا إن شاء الله تعالى قولا باختصار فنقول وبالله تعالى التوفيق لكل من حد في عدد نقلة خبر التواتر حدا لا يكون أقل منه يوجب تيقن صدقه ضرورة من سبعين أو عشرين أو عدد لا نحصيهم وإن كان في ذاته محصي ذا عدد محدود أو أهل المشرق والمغرب ولا سبيل إلى لقائه ولا لقاء أحد لهم كلهم ولا بد له من الاقتصار على بعضهم دون بعض بالضرورة ولا بد من أن يكون لذلك التواتر الذي يدعونه في ذاته عدد إن نقص منه واحد لم يكن متواترا وإلا فقد ادعوا ما لا يعرف أبدا ولا يعقل

فإذن لا بد من تحديد عدد ضرورة فنقول لهم ما تقولون إن سقط من هذا الحد الذي حددتم واحد أيبطل سقوط ذلك الواحد قبول ذلك الخبر أم لا يبطله فإن قال يبطله تحكم بلا برهان وكل قول **بمجرد الدعوى** بلا برهان فهو مطروح ساقط فإن قال بقبوله أسقطنا له آخر ثم آخر حتى يبلغ إلى واحد فقط وإن حد عددا سئل عن الدليل على ذلك فلا سبيل له إليه البتة

وأيضا فإنه ما في القول فرق بين ما نقله عشرون وبين ما نقله تسعة عشر ولا بين ما نقله سبعون ولا ما نقله تسعة وستون وليس ذكر هذه الأعداد في القرآن وفي القسامة وفي بعض الأحوال وفي بعض الأخبار بموجب ألا يقبل أقل منها في الأخبار وقد ذكر تعالى في القرآن أعدادا غير هذه فذكر تعالى الواحد والاثنين والثلاثة والأربعة والمائة ألف وغير ذلك ولا فرق بين ما تعلق بعدد منها وبين ما تعلق بعدد آخر منها ولم يأت من هذه الأعداد في القرآن شيء في باب قبول الأخبار ولا في قيام حجة بهم فصارف ذكرها إلى ما

---

(١) القوانين الفقهية ـ لابن جزى، ص/٣٣١

لم يقصد بها مجرم وقاح محرف للكلم عن مواضعه وإن قال لا يبطل قبول الخبر بسقوط واحد من العدد الذي حد كان قد ترك مذهبه الفاسد ثم سألناه عن ." (١)

"والعربية مني إلا أن يكون الخضر أو القطب أو أولياء الله فإن هؤلاء لم أقصد دخولهم في عبارتي والله أعلم ا هـ كلام السيوطي الأمر الثالث أن الاجتهاد المطلق فرض كفاية فكيف يدعي خلو الأرض عمن يقوم به فيأثم جميع الأمة المحمدية كما في رسالة السيوطي المذكورة وفي حاشية الباجوري على ابن قاسم وادعى الجلال السيوطي بقاءه إلى آخر الزمان واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ يبعث الله على رأس كل مائة سنة من يجدد لهذه الأمة أمر دينها ﴾ ومنع الاستدلال بأن المراد بمن يجدد أمر الدين من يقرر الشرائع والأحكام لا المجتهد المطلق ا هـ .والجمهور على أن شروط الاجتهاد المطلق المذكورة لم تتحقق في شخص من علماء القرن الرابع فما بعده وأن من ادعى بلوغها منهم لا تسلم له دعواه ضرورة أن بلوغها لا يثبت **بمجرد الدعوى** وأن فرض الكفاية لا يجب على المكلفين به تحصيله وإنما يجب عليهم الاجتهاد في تحصيل شروطه بقدر ما في طاقاتهم البشرية فإذا تعذر عليهم تحصيلها كيف يدعي تأثيم جميعهم قال ابن أبي الدم عالم الأقطار الشامية بعد سرده شروط الاجتهاد المطلق : هذه الشروط يعز وجودها في زماننا في شخص من العلماء بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق .وقال حجة الإسلام الغزالي في كتابه الوسيط .وأما شروط الاجتهاد المعتبرة في القاضي فقد تعذرت في وقتنا وفي الإنصاف من كتب السادة الحنابلة أنه من زمن طويل عدم المجتهد المطلق وقال الفخر الرازي." (٢)

"أختين أو عشرة نسوة أو امرأة وابنتها ، وامتنع من التعيين .(السابع) حبس من أقر بمجهول عين أو في الذمة ، وامتنع من تعيينه فيحبس حتى يعينه فيقول المقر به هو هذا الثواب أو هذه الدابة أو الشيء الذي أقررت به في ذمتي هو دينار .(الثامن) حبس الممتنع من حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة عندنا ، وعند الشافعي كالصوم والصلاة فيقتل فيه قال ابن فرحون ولا يدخل في ذلك عندنا من امتنع من فعل الحج ، وإن قلنا أنه على الفور مراعاة للقول بأنه على التراخي ، وأما ترك السنن فمثاله ترك الوتر قال أصبغ بتأديب تارك الوتر ا هـ هذا ما اقتصر عليه الأصل .(التاسع) من يحبس اختبار لما ينسب إليه من السرقة والفساد .(العاشر) حبس المتداعي فيه قال تسولي العاصمية ، وحاصله أن الطالب إما أن يأتي

---

(١) الإحكام لابن حزم، ١٠١/١

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٥٩/٣

بعدلين أو بعدل أو بمجهول مرجو تزكيته أو بمجهولين كذلك أو بلطخ أو **بمجرد الدعوى** فالتوقيف في الأول ليس إلا للإعذار ما لا خراج له من العقار بالغلق ، وما له خراج يوقف خراجه ، وغير العقار من العروض والثمار والحبوب بالوضع تحت يد أمين ، وبيع ووضع ثمنه عنده في الثمار إن كان مما يفسد ، وفي الثاني للإعذار فيه أو لإقامة ثان إن لم يرد أن يحلف معه لرجاء شاهد آخر فالمنع من التفويت فقط في العقار ، ولا ينزع من يده لكن يوقف ماله خراج منه ، وفي غير العقار بالوضع تحت يد أمين ، وبيع ما يفسد أيضا إلا أن يقول إن لم أجد ثانيا فلا أحلف مع هذا ألبتة فلا يباع حينئذ." (١)

"بل يترك للمطلوب ، وفي الثالث التزكية والإعذار بعدها ، وحكمه على ما لابن رشد وأبي الحسن وابن الحاجب حكم الذي قبله في سائر الوجوه قال ابن رحال في شرحه هو كالعدل المقبول في وجوب الإيقاف به إلا أنه لا يحلف معه ، وفي الرابع التزكية والإعذار أيضا ، وحكمه كالذي قبله إلا في بيع ما يفسد فيباع على كل حال .وفي الخامس ، ولا يتأتى إلا في غير العقار بالوضع عند أمين ما لم يكن مما يفسد فيخلي بينه وبين حائزه فيما يظهر لأنه كالعدل الذي لا يريد صاحبه الحلف معه ، وفي السادس لا عقل أي لا حبس أصلا إذ لا يعقل على أحد بشيء بمجرد دعوى الغير فيه على المنصوص ، وجرى العمل بالإيقاف **بمجرد الدعوى** في غير العقار قال ناظمه : وكل مدع للاستحقاق مكن من الإثبات بالإطلاق لكن حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا إن صح مستنده ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق ، والمحافظة على حق الطالب فإن كان ولا بد فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها فإن لم يثبت شيئا أخذه المطلوب لأن هذا قد اعترض مال غيره ، وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ بخلاف ما إذا استند له فلا يضمن الكراء الشبهة ، ولم أر ذلك منصوصا لأحد ممن قال بهذا العمل ، وقد حكى كثير من الناس أنهم كانوا إذا تعذر عليهم المعاش يذهبون للفنادق فيعترضون دواب الواردين حتى يصالحوهم بقليل أو كثير ، ولا سيما إن كان رب الدابة مزعوجا يريد الخروج في الحين ، وقد شاهدنا من ذلك العجب." (٢)

"الإشهاد فغلظ أمره لحرمة الدماء ، وعن الثاني أن المدعى عليه هاهنا لا يحلف **بمجرد الدعوى** فانحسمت المادة ، وعن الثالث أن اللعان مستثنى للضرورة ، ولا ضرورة هاهنا فجعلت الأيمان مقام الشهادة

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٣٧/٧

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٣٨/٧

لتعذرها ، وضرورة الأزواج لنفي العار وحفظ النسب ، وعن الرابع أنه مخصوص بما ذكرناه من الضرورات ، وخطر الباب ، وعن الخامس ، وإن صح الفرق أن أصل الطلاق يثبت بلفظ صالح بل ظاهر للثلاث ، ودعوى المرأة أصل الطلاق ليس فيه ظهور بل مرجوح باستصحاب العصمة (تنبيه) قال العبدي يثبت بالشاهد واليمين في مذهب مالك أربعة الأموال والكفالة والقصاص في جراح العمد والخلطة التي هي شرط في التحليف في بعض الأموال ، والذي لا يثبت بالشاهد واليمين ثلاثة عشر النكاح والطلاق والعتاق والولاء والأحباس ، والوصايا لغير المعين ، وهلال رمضان وذي الحجة ، والموت والقذف والإيصاء ، وترشيد السفيه ، ونقل الشهادة ، والمختلف فيها هل نثبت بهما أم لا خمسة الوكالة ، ونكاح امرأة قد ماتت والتجريح والتعديل (تنبيه) قبول مالك رحمه الله الشاهد واليمين في القصاص في جراح العمد اعتمادا على أنها يصالح عليها بالمال في بعض الأحوال مشكل جدا فإنه إلغاء للأصل ، واعتبار للطوارئ البعيدة ، وذلك لازم له في النفس أيضا ، وهو خلاف الإجماع ، ويشكل عليه أيضا بأنه لم يقل بهما في الأحباس مع أنها منافع ، ولا في الولاء ، ومآله إلى الإرث ، وهو مال والوصايا ، وهي مال ، وترشيد السفيه يئول لصحة البيع وغيره." (١)

"قال باليمين مع النكول فعليه البيان .(والوجه الثاني) قوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وإنما أمر بهذه الشهادة لأنها سبب الثبوت فينحصر الثبوت فيها عملا بالمفهوم ، وإلا لزم تأخير البيان في تأسيس القواعد ، وهو خلاف الأصل (والوجه الثالث) أن الشاهدين والمرأتين أقوى من اليمين مع النكول لأنها حجة من جهة المدعي ، ولم تثبت أحكام الأبدان بها فلا تثبت باليمين مع النكول .(والوجه الرابع) أن ما ذكروه يؤدي إلى استباحة الفروج بالباطل لأنه إذا أحبها ادعى عليها فتنكر فيحلفها فتنكل فيحلف ، ويستحقها بتواطؤ منهما .(والوجه الخامس) أن المرأة قد تكره زوجها فتدعي عليه في كل يوم فتحلفه وكذلك الأمة تدعي العتق ، وهذا ضرر عظيم .وأما الوجوه التي احتجوا بها : (فالوجه الأول) قضية حويصة ومحيصة في قضية عبد الرحمن بن سهل ، وهي في الصحاح ، وقال فيها عليه السلام ﴿ تحلف لكم يهود خمسين يمينا ﴾ ، وجوابه والأيمان تثبت بعد اللوث ، وهو وجوده مطروحا بينهم ، وهو أعداؤه ، وغلظت خمسين يمينا بخلاف صورة النزاع في المقيس ، ولأن القتل نادر في الخلوات حيث يتعذر الإشهاد فغلظ أمره لحرمة الدماء .(والوجه الثاني) أن كل حق توجهت اليمين فيه على المدعى عليه فإذا نكل ردت على

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٨٨/٧

المدعي قياسا على المال ، وجوابه أن المدعى عليه هاهنا لا يحلف **بمجرد الدعوى** فانحسمت المدة .(والوجه الثالث) القياس على اللعان فإن المرأة تحد بيمين الزوج ، ونكولها عن." [١]

"نفي ولد الأمة **بمجرد الدعوى** جاز نفيه بالقافة ا ه بلفظه ، والله أعلم (الوصل الثاني) خالفنا أبو حنيفة في قبول القافة في القضاء بثبوت الأنساب فقال الحكم بالقافة باطل قال الأصل لنا خمسة وجوه (الأول) ما في الصحيحين ﴿ قالت عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم تبرق أسارير وجهه فقال ألم تري إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما ، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ﴾ وسبب ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان تبنى زيد بن حارثة وكان أبيض ، وابنه أسامة أسود فكان المشركون يطعنون في نسبه فشق ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكانته منه فلما قال مجزز ذلك سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يدل من وجهين (أحدهما) أنه لو كان الحدس باطلا شرعا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه عليه السلام لا يسر بالباطل (وثانيهما) أن إقراره عليه السلام على الشيء من جملة الأدلة على المشروعية ، وقد أقر مجززا على ذلك فيكون حقا مشروعا لا يقال النزاع إنما هو إلحاق الولد ، وهذا كان ملحقا بأبيه في الفراش فلم يتعين محل النزاع لأنا نقول مرادنا هاهنا أن الشبه الخاص معتبر ، وليس مرادنا أن النسب ثبت بمجزز ، ولا يقال أيضا أن سروره عليه السلام لتكذيب المنافقين لأنهم كانوا يعتقدون صحة القيافة ، وتكذيب المنافقين حاصل بأي سبب كان بقوله عليه السلام ﴾." [٢]

" إلى ذلك المشترك استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استناد الشيء إلى المعرف له ولا يمتنع ذلك بل هو الواقع في سائر الأحكام فإن الحكم مستند إلى الحاجة استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استثناء الشيء إلى المعرف واعلم أن الحجاج في هذه المسألة طويل لا يحتمله هذا الشرح لا سيما وصاحب الكتاب أومى إلى الاختصار حيث اقتصر فيها على **مجرد الدعوى** والحق عندي جريان القياس فيها إن قلنا برجوع التشبيه إلى الأحكام الشرعية على ما تقدم ذلك في أوائل الكتاب فإنه حينئذ يشملها دلائل العمل بالقياس في الأحكام ثم إن اعترف الخصوم بمكان معرفة العلة وتعديتها ثم توقفوا عن التعدية كانوا متحكمين بالفرق بين حكم وحكم كمين يقول نجري القياس في حكم الضمان لا في القصاص وفي البيع

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٩٧/٧

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٤٦٣/٧

لا في النكاح وإن ادعوا الإحالة فمن أين عرفوا ذلك فإن قلت الأحكام مسلم في العقل لكنه غير واقع لأنه لا يتيقن الأسباب علة مستقيمة تتعدى قلت الآن قد ارتفع النزاع الأصولي إذ لا ذاهب إلى تجويز القياس حيث لا تفعل العلة أو لا تتعدى وهم قد ساعدونا على تجويز القياس حيث أمكن معرفة العلة وتعديتها فارتفع الخلاف وهذا ذكره الغزالي فذكرناه هنا وأما إن لم نقل برجوع السببية إلى الأحكام فعندي توقف

البحث السادس القياس في الأمور العادية والخلقية كأقل الحيض وأكثر وكذا الحمل والنفاس فقال المصنف لا يجري فيه القياس ونقله الإمام عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي والذي قاله الشيخ في شرح اللمع أن ما طريقة العادة إن كانت علته إمارة جاز إثباته بالقياس قال وذلك كالشعر هل يحل فيه الروح والحامل هل تحيض فإنا نستدل في مسألة الشعر والعظم بالنماء والاتصال ونقيس على سائر الأعضاء والخصم يقيس على أغصان الشجرة من حيث أنه لا يحس ولا يتألم وفي مسألة الحامل بأن الحمل لو منع دم الحيض لمنع دم الاستحاضة ألا ترى أن الصغر لما منع أحدهما منع الآخر فكذا الكبر والخصم يقول لو كان دم الحيض لانقضت به العدة وحرم الطلاق وإن لم يكن عليه أمارة كأقل الحيض وأكثره فلا يجوز إثباته بالقياس كما نقله ." (١)

"إلى الباطل فهو باطل بلا شك، وبالله تعالى التوفيق، فلم يبق إلا قول من قال بالتواتر ولم يحد عددا.قال علي: ونقول ههنا إن شاء الله تعالى قولا باختصار، فنقول وبالله تعالى التوفيق: لكل من حد في عدد نقلة خبر التواتر حدا لا يكون أقل منه يوجب تيقن صدقه ضرورة من سبعين أو عشرين، أو عدد لا نحصيهم، وإن كان في ذاته محصي ذاعدد محدود، أو أهل المشرق والمغرب، ولا سبيل إلى لقائه ولا لقاء أحد لهم كلهم ولا بد له من الاقتصار على بعضهم دون بعض بالضرورة، ولا بد من أن يكون لذلك التواتر الذي يدعونه في ذاته عدد إن نقص منه واحد لم يكن متواترا، وإلا فقد ادعوا ما لا يعرف أبدا ولا يعقل.فإذن لا بد من تحديد عدد ضرورة، فنقول لهم: ما تقولون إن سقط من هذا الحد الذي حددتم واحد، أيبطل سقوط ذلك الواحد قبول ذلك الخبر أم لا يبطله ؟ فإن قال: يبطله، تحكم بلا برهان، وكل قول **بمجرد الدعوى** بلا برهان فهو مطروح ساقط، فإن قال بقبوله أسقطنا له آخر ثم آخر، حتى يبلغ إلى واحد فقط، وإن حد عددا سئل عن الدليل على ذلك فلا سبيل له إليه البتة.وأيضا فإنه ما في القول فرق بين ما نقله عشرون وبين ما نقله تسعة عشر، ولا بين ما نقله سبعون ولا ما نقله تسعة وستون، وليس ذكر هذه الاعداد

(١) الإبهاج، ٣/٣٦

في القرآن وفي القسامة وفي بعض الاحوال وفي بعض الاخبار بموجب ألا يقبل أقل منها في الاخبار، وقد ذكر تعالى في القرآن أعدادا غير هذه، فذكر تعالى الواحد والاثنين والثلاثة والاربعة والمائة ألف وغير ذلك، ولا فرق بين ما تعلقبعدد منها وبين ما تعلق بعدد آخر منها، ولم يأت من هذه الاعداد في القرآن شئ في باب قبول الاخبار ولا في قيام حجة بهم، فصارف ذكرها إلى ما لم يقصد بها مجرم وقاح محرف للكلم عن مواضعه، وإن قال: لا يبطل قبول الخبر بسقوط واحد من العدد الذي حد - كان قد ترك مذهبه الفاسد، ثم سألناه عن إسقاط آخر أيضا مما بقي من ذلك العدد، وهكذا حتى يبعد عما حد بعدا شديدا، فإن نظروا هذا بما يمكن حده من الاشياء كانوا مدعين بلا دليل، ومشبهين بلا برهان، وحكم كل شئ يجعله المرء دينا له أن ينظر في حدوده ويطلبها، إلا ما أصبح إجماع أو نص." (١)

"للعلة مسالك عشرة لا تقوم الحجة بشيء منها إلا ما كان راجعا إلى الشرع . كمسلك النص على العلة . أو ما كان معلوما من لغة العرب كالإلحاق بمسك إلغاء الفارق . وكذلك قياس الأولى المسمى عند البعض بفحوى الخطاب . وأما المباحث التي يذكرها أهل الأصول في مقاصده كما فعلوه في مقصد الكتاب ومقصد السنة والإجماع . فما كان من تلك المباحث الكلية مستفادا من أدلة الشرع فهو أصولي شرعي ، وما كان مستفادا من مباحث اللغة فهو أصولي لغوي . وما كان مستفادا من غير هذين فهو من علم الرأي الذين كررنا عليك التحذير منه . ومن المقاصد المذكورة في الكتب الأصولية التي هي من محض الرأي الاستحسان والاستصحاب والتلازم .وأما المباحث المتعلقة بالاجتهاد والتقليد وشرع من قبلنا والكلام على أقوال الصحابة ، فهي شرعية فما انتهض عليه دليل الشرع منها فهو حق . وما خالفه فباطل .وأما المباحث المتعلقة بالترجيح ، فإن كان المرجح مستفادا من الشرع فهو شرعي . وإن كان مستفادا من علم من العلوم المدونة فالاعتبار بذلك العلم فإن كان له مدخل في الترجيح كعلم اللغة فإنه مقبول وإن كان لا مدخل له إلا لمجرد الدعوى كعلم الرأي فإنه مردود . انتهى .الدليلالقاعدة الأولى : الدليل هو الأصل الذي تبنى عليه القاعدة أو المسألةقال شيخ الإسلام ابن تيمية كما في مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٩) : قد ينص النبي صلى الله عليه وسلم نصا يوجب قاعدة ويخفى النص على بعض العلماء حتى يوافقوا غيرهم على بعض أحكام تلك القاعدة ، وينازعوا فيما لم يبلغهم فيه النص ، مثل اتفاقهم على المضاربة ومنازعتهم في المساقاة والمزارعة وهما ثابتان بالنص ، والمضاربة ليس فيها نص وإنما فيها عمل الصحابة رضي الله

---

(١) الأحكام لابن حزم، ١/٩٥

عنه ، ولهذا كان فقهاء الحديث يؤصلون أصلا بالنص ، ويفرعون عليه ، لا يتنازعون في الأصل المنصوص ويوافقون فيما لا نص فيه . انتهى.." (١)

" أو لامستم أو لامستم النساء فلعله كان عنده أن المراد المس بالي وأنه لا يجوز التيمم للجنب كما هو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ثم رأى أن بسبب العجز يسقط عنه فرض الطهارة في الوقت وأن أداء الصلاة في الوقت عزيمة فاشتغل بالأداء تعظيما لأمر الله وتمسكا بالعزيمة

وكذلك حديث عمرو بن العاص فإنه رأى أن فرض الاغتسال ساقط عنه لما يلحقه من الحرج بسبب البرد أو لخوفه الهلاك على نفسه وقد ثبت بالنص أن التيمم مشروع لدفع الحرج فعرفنا أنه ليس في شيء من هذه الآثار معنى يوهم مخالفة النص من أحد منهم وأنهم في تعظيم رسول الله كما وصفهم الله به

وأما حد الشرب فإنما أثبتوه استدلالا بحد القذف على ما روي أن عبد الرحمن بن عوف قال لعمر يا أمير المؤمنين إذا شرب هذي وإذا هذي افترى وحد المفترين في كتاب الله ثمانون جلدة

ثم الحكم الثابت بالإجماع لا يكون محالا به على الرأي وقد بينا أن الإجماع يوجب علم اليقين والرأي لا يوجب ذلك ثم هذا دعوى الخصوصية من غير دليل ومن لا يرى إثبات شيء بالقياس فكيف يرى إثبات **مجرد الدعوى** من غير دليل والكتاب يشهد بخلاف ذلك فالناس في تكليف الاعتبار المذكور في قوله تعالى فاعتبروا يا أولي الأبصار سواء وهم كانوا أحق بهذا الوصف وهذا أقوى ما نعتمده من الدليل المعقول في هذه المسألة فإنه لا فرق بين التأمل في إشارات النصف فيما أخبر الله به عن الذين لحقهم المثلات بسبب كفرهم كما قال تعالى هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب الآية لنعتبر بذلك وننزجر عن مثل ذلك السبب وبين التأمل في إشارات النص في حديث الربا ليعرف به أن المحرم هو الفضل الخالي عن العوض فثبت ذلك الحكم بعينه في كل محل يتحقق فيه الفضل الخالي عن العوض مشروطا في البيع كالأرز والسمسم والجص وما أشبه ذلك وقد قررنا هذا يوضحه أن التأمل في معنى النص الثابت بإشارة ثم التأمل في ذلك للوقوف على طريق الاستعارة حتى يجعل ذلك اللفظ مستعارا في محل آخر بطريقه جائز مستقيم من عمل الراسخين في العلم فكذلك التأمل في معاني النص لإثبات حكم النص في كل موضع

---

(١) أصول الفقه على منهج أهل الحديث، ص/١٢

علم أنه مثل المنصوص عليه وهذا لنوعين من الكلام أحدهما أن الله تعالى نص على أن القرآن تبيان لكل شيء بقوله تعالى ونزلنا عليك الكتاب تبيانا صاحب الشرع بمنزلة التأمل في معنى اللسان ." (١)

" الشخص الذي افتظ من البغي عليه حاضر ناهض بالحجة كاشف للشبهة تتيسر مراجعته واستيضاح الأمر من جهته واستتابته ثم شواهد حاله قبل ذلك كافية في أن لا يحتمل من التشنيع عليه ما فعله من حقه **بمجرد الدعوى** من غير مراجعة المدعى عليه ومساءلته عما عنده

فهذا قول وجيز كاف إن شاء الله تعالى في إيضاح بطلان ما زعم المشنع قاطع العذر من آغتر به موجه عليه تعزيزات كثيرة على قدر شناعته وإفحاشه في الزمان المتطاول ولا سبيل له وما شاء الله تعالى كان إلى الجواب وإسقاط التعزير عنه في شيء من ذلك فإنه بعد أن نبين إن شاء الله تعالى بالبيان الواضح أن ما زعم أنه خطأ ليس بخطأ لا في نفس الأمر ولا في المذهب الذي يفتي عليه من نسبه إلى الخطأ فغايته أن يذكر في بعض ذلك ما يكون نصرة وتوجيها للحكم الآخر بحيث لا يخرج عن أن يكون الطرفان من قبيل الوجهين والمذهبين اللذين يسوغ فيهما الاختلاف ويتجاذب فيهما المختلفون من غير أن يجوز فيه التشنيع من بعض على بعض والتخطئة والإيذاء وذلك واضح للناظر في ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وحسبنا الله ونعم الوكيل مما عظم فيه تشنيعه وجاهر بالقبيح والإزراء استفتاء مضمونه أن شخصين تنازعا في قوله صلى الله عليه و سلم لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ." (٢)

" الشخص الذي افتظ من البغي عليه حاضر ناهض بالحجة كاشف للشبهة تتيسر مراجعته واستيضاح الأمر من جهته واستتابته ثم شواهد حاله قبل ذلك كافية في أن لا يحتمل من التشنيع عليه ما فعله من حقه **بمجرد الدعوى** من غير مراجعة المدعى عليه ومساءلته عما عنده

فهذا قول وجيز كاف إن شاء الله تعالى في إيضاح بطلان ما زعم المشنع قاطع العذر من آغتر به موجه عليه تعزيزات كثيرة على قدر شناعته وإفحاشه في الزمان المتطاول ولا سبيل له وما شاء الله تعالى كان إلى الجواب وإسقاط التعزير عنه في شيء من ذلك فإنه بعد أن نبين إن شاء الله تعالى بالبيان الواضح أن ما زعم أنه خطأ ليس بخطأ لا في نفس الأمر ولا في المذهب الذي يفتي عليه من نسبه إلى الخطأ فغايته أن يذكر في بعض ذلك ما يكون نصرة وتوجيها للحكم الآخر بحيث لا يخرج عن أن يكون الطرفان

---

(١) أصول السرخسي، ٢/١٣٨

(٢) أدب المفتي والمستفتي، ١/٩٦

من قبيل الوجهين والمذهبين اللذين يسوغ فيهما الاختلاف ويتجاذب فيهما المختلفون من غير أن يجوز فيه التشنيع من بعض على بعض والتخطئة والإيذاء وذلك واضح للناظر في ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وحسبنا الله ونعم الوكيل مما عظم فيه تشنيعه وجاهر بالقبيح والإزراء استفتاء مضمونه أن شخصين تنازعا في قوله صلى الله عليه و سلم لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ." (١)

" ثبوته من هذا الحق كما في مثله من المنفعة المستحقة بالأجارة وذلك هو المذهب الأظهر في ذلك وإنما انبنى على هذا الامتناع ذلك بناء على ما كان له من الملك في الحصة لكون ذلك يزول بزوال الملك والله أعلم

٥٣٧ - مسألة هذا إذا أنكر صاحب الملك كون القناة جارية تحت ملكه وأراد المدعي الكشف من داخل الموقوف على ذلك يمكن أم لا

أجاب رضي الله عنه ليس له الكشف للتخريب **بمجرد الدعوى** بل على صاحب الملك المنكر اليمين لنفي ما ادعى استحقاقه من الكشف وهما كما عرف في العبد المدعي إذا لم يعترف المدعى عليه بأن في يده عبدا على الصفة المذكورة في الدعوى حتى يلزم إحضاره لأداء الشهادة على عينه فإن عليه اليمين على نفي ذلك والله أعلم

٥٣٨ - مسألة رجل أثبت دينا على امرأة ميتة وادعى على زوجها أن لها عليه مهرا ولم يدع ذلك وارثها فهل تسمع دعواه

أجاب رضي الله عنه لا تسمع دعواه فإنه يدعي حقا لغيره غير منتقل منه إليه وغايته أنه إذا ثبت له فيه تعلق من غير أن يثبت هو له في عينه وذلك لا يوجب صحة الدعوى كما لو ادعت الزوجة دينا لزوجها فإنها لا تسمع وإن كان لو ثبت لتعلق لها به حق النفقة وقد تقرر لهذا أن الصحيح نص على أنه الصحيح صاحب البيان أن غرماء الميت والمفلس لا يحلفون مع الشاهد الواحد عند النكول وفي قولي ادعى حقا لغيره غير منتقل إليه احتراز مما إذا ادعى لمورثه دينا ومما إذا ادعى المشتري أن المبيع كان ملكا لبائعه حين باعه منه ثم أمر الدعوى أبعد من التحليف والله أعلم ." (٢)

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ١/١٠٠

(٢) أدب المفتي والمستفتي، ٢/٥٣٣

"ص -٢١٣-...الأهلية لوجوب ما له وعليه" من الحقوق المشروعة إذ الوجوب شغل الذمة وأورد بأن هذا صادق على العقل بالمعنى السابق وأن الأدلة لا تدل على ثبوت مغاير للعقل وأجيب بمنع أن العقل بهذه الحيثية بل هو مجرد فهم الخطاب والوجوب مبني على الوصف المسمى بالذمة حتى لو فرض ثبوت العقل بدون هذا الوصف بأن ركب في حيوان غير آدمي لم يثبت الوجوب له وعليه والحاصل أن هذا الوصف بمنزلة السبب لكون الإنسان أهلا للوجوب له وعليه والعقل بمنزلة الشرط وتعقب بأن المعترض مانع كون الوصف الذي يبتنى عليه الوجوب أمرا آخر غير العقل فلا وجه لمنع أن العقل بهذه الحيثية ثم القول بأن الوجوب مبني على هذا الوصف ليس أمرا زائدا على **مجرد الدعوى** ثم ظاهر التقويم يشير إلى أن المراد بالذمة العقل "وفخر الإسلام" ومتابعوه الذمة "نفس ورقبة لها" ذمة و "عهد" فالرقبة تفسير للنفس والعهد تفسير للذمة "والمراد أنها" أي الذمة "العهد" المشار إليه في قوله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى﴾ [الأعراف: ١٧٢] الآية وقد جاءت السنة موضحة ذلك. ففي صحيح الحاكم عن أبي بن كعب في قوله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم﴾ [الأعراف: ١٧٢]الآية قال جمعهم له يومئذ جميعا ما هو كائن إلى يوم القيامة فجعلهم أزواجا ثم صورهم فاستنطقهم فتكلموا وأخذ عليهم العهد والميثاق وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين قال فإني أشهد عليكم السموات والأرضين السبع وأشهد عليكم أباكم آدم أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين فلا تشركوا بي شيئا فإني أرسل إليكم رسلا يذكرونكم عهدي وميثاقي وأنزل عليكم كتبي فقالوا نشهد أنك ربنا وإلهنا لا رب لنا غيرك ورفع لهم أبوهم آدم فرأى." (١)

"المبحث التاسع والأربعون -من يجوز له الإفتاء ؟(١)قال في أنوار البروق في أنواع الفروق: " (الفرق الثامن والسبعون بين قاعدة من يجوز له أن يفتي وبين قاعدة من لا يجوز له أن يفتي)اعلم أن المفتي في اصطلاح الأصوليين كما في تحرير الكمال هو المجتهد المطلق وهو الفقيه قال الصيرفي موضوع لمن قام للناس بأمر دينهم وعلم جمل عموم القرآن وخصوصه وناسخه ومنسوخه وكذلك في السنن والاستنباط ولم يوضع لمن علم مسألة وأدرك حقيقتها وقال ابن السمعاني هو من استكمل فيه ثلاثة شرائط الاجتهاد والعدالة والكف عن الترخيص والتساهل وللمتساهل حالتان إحداهما أن يتساهل في طلب الأدلة وطرق

---

(١) التقرير والتحبير، ٤٤٦/٣

الأحكام ويأخذ ببادئ النظر وأوائل الفكر وهذا مقصر في حق الاجتهاد ولا يحل له أن يفتي ولا يجوز والثانية أن يتساهل في طلب الرخص وتأول السنة فهذا متجوز في دينه وهو آثم من الأول اهـ .لكن قال من وصفه الشيخ تاج الدين السبكي في توشيح الترشيح بالمجتهد المطلق الإمام تقي الدين بن دقيق العيد توقيف الفتيا على حصول المجتهد يفضي إلى حرج عظيم واسترسال الخلق في أهوائهم فالمختار أن الراوي عن الأئمة المتقدمين إذا كان عدلا متمكنا من فهم كلام الإمام ثم حكى للمقلد قوله فإنه يكتفي به لأن ذلك مما يغلب على ظن العامي أنه حكم الله عنده وقد انعقد الإجماع في زماننا على هذا النوع من الفتيا هذا مع العلم الضروري بأن نساء الصحابة كن يرجعن في أحكام الحيض وغيره إلى ما يخبر به أزواجهن عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وكذلك فعل علي رضي الله عنه حين أرسل المقداد في قصة المذي ،وفي مسألتنا أظهر فإن مراجعة النبي – صلى الله عليه وسلم – إذ ذاك ممكنة ومراجعة المقلد الآن للأئمة السابقين متعذرة وقد أطبق الناس على تنفيذ أحكام القضاة مع عدم شرائط الاجتهاد اليوم أي لطول المدة بيننا وبين زمن الأئمة المجتهدين مع ضعف العلم وغلبة الجهل سيما ،وقد ادعى الإمام محمد بن جرير الطبري وكان إماما جليلا متضلعا من العلوم المنطوق والمفهوم ومن أهل القرن الرابع بلوغه رتبة الاجتهاد المطلق فلم يسلموا له، فما بالك بغيره ممن هو في هذه الأعصار البعيدة كما في رسالة كيفية الرد على أهل الزيغ لشيخ شيوخنا السيد أحمد دحلان، وفي الحطاب عن ابن عرفة أن استعاذة الفخر في المحصول وتبعه السراج في تحصيله والتاج في حاصله في قولهم في كتاب الاجتهاد ما نصه ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة " .وإن بنى على بقاء الاجتهاد في عصرهم والفخر توفي سنة ست وستمائة لكنهم قالوا في كتاب الاستفتاء انعقد الإجماع في زماننا على تقليد الميت إذ لا مجتهد فيه " وإذا انعقد الإجماع على أنه لا مجتهد في القرن السابع فكيف لا ينعقد بالأولى في القرن الرابع عشر وقد قال العطار وفي عصرنا وهو القرن الثالث عشر ضعف الطالب والمطلوب بتراكم عظائم الخطوب نسأل السلامة ".ثم قال السبكي لمن لم يبلغ درجة الاجتهاد المطلق مراتب :إحداها أن يصل إلى رتبة الاجتهاد المقيد فيستقل بتقرير مذهب إمام معين ونصوصه أصولا يستنبط منها نحو ما يفعله بنصوص الشارع وهذه صفة أصحاب الوجوه والذي أظنه قيام الإجماع على جواز فتيا هؤلاء وأنت ترى علماء المذهب ممن وصل إلى هذه الرتبة هل منعهم أحد الفتوى أو منعوا هم أنفسهم عنها ؛ الثانية من لم يبلغ رتبة أصحاب الوجوه لكنه فقيه النفس حافظ للمذهب قائم بتقريره غير أنه لم يرتض في التخريج والاستنباط كارتياض أولئك وقد

كانوا يفتون ويخرجون كأولئك اهوفي جواز إفتاء من في هذه الرتبة وهو الأصح وثالثها عند عدم المجتهد كما حكاه شافعي متأخر عنه الثالثة من لم يبلغ هذا المقدار ولكنه حافظ لواضحات المسائل غير أن عنده ضعفا في تقرير أدلتها فعلى هذا الإمساك فيما يغمض فهمه فيما لا نقل عنده فيه وليس هذا الذي حكينا فيه الخلاف فإنه لا اطلاع له على المأخذ وكل هؤلاء غير عوام "وهذا يشير إلى أن له الإفتاء فيما لا يغمض فهمه قال متأخر شافعي وينبغي أن يكون هذا راجعا لمحل الضرورة لا سيما في هذه الأزمان اهـ .وثاني الأقوال فيه المنع مطلقا وثالثها الجواز عند عدم المجتهد وعدم الجواز عند وجود المجتهد، وقيل الصواب إن كان السائل يمكنه التوصل إلى عالم يهديه السبيل لم يحل له استفتاء مثل هذا ولا يحل لهذا أن ينصب نفسه للفتوى مع وجود هذا العالم وإن لم يكن في بلده أو ناحيته غيره فلا ريب أن رجوعه إليه أولى من أن يقدم على العمل بلا علم أو يبقى مرتبكا في حيرته مترددا في عماه وجهالته بل هذا هو المستطاع من تقواه المأمور بها وهو حسن إن شاء الله تعالى .(أما العامي) إذا عرف حكم حادثة بدليلها فهل له أن يفتي به ويسوغ لغيره تقليده ففيه أوجه للشافعية وغيرهم أحدها لا مطلقا لعدم أهليته للاستدلال وعدم علمه بشروطه وما يعارضه ولعله يظن ما ليس بدليل دليلا وهذا في بحر الزركشي الأصح ثانيها نعم مطلقا لأنه قد حصل له العلم به كما للعالم وتميز العالم عنه لقوة يتمكن بها من تقرير الدليل ودفع المعارض له أمر زائد على معرفة الحق بدليله ثالثها إن كان الدليل كتابا أو سنة جاز وإلا لم يجز لأنهما خطاب لجميع المكلفين فيجب على المكلف العمل بما وصل إليه منهما وإرشاد غيره إليه رابعها إن كان نقليا جاز وإلا فلا، قال السبكي: (وأما العامي) الذي عرف من المجتهد حكم مسألة ولم يدر دليلها كمن حفظ مختصرا من مختصرات الفقه فليس له أن يفتي ورجوع العامي إليه إذا لم يكن سواه أولى من الارتباك في الحيرة .وكل هذا في من لم ينقل عن غيره أما الناقل فلا يمنع فإذا ذكر العامي أن فلانا المفتي أفتاني بكذا لم يمنع من نقل هذا القدر اهـ .لكن ليس للمذكور له العمل به على ما في الزركشي لا يجوز للعامي أن يعمل بفتوى مفت لعامي مثله، أفاد جميع هذا أمير الحاج في موضعين من شرحه على التحرير الأصولي مع زيادة وتوضيح المقام على ما يرام أن الإفتاء كان في القرون الثلاثة التي شهد لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بقوله ﴿ خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ﴾(٢)من خواص المجتهد المطلق ضرورة أن الاجتهاد استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم والفقيه هو المجتهد المطلق وتحقق ماهية المجتهد المطلق لا يوجد إلا بشروط منها ما هي صفة فيه وهي ما ذكره في جمع الجوامع

بقوله مع توضيح من شرح المحلي وغيره (هو البالغ العاقل) أي ذو الملكة التي يدرك بها المعلوم أي ما من شأنه أن يعلم (فقيه النفس) أي شديد الفهم بالطبع لمقاصد الكلام وإن أنكر القياس (العارف بالدليل العقلي) أي البراءة الأصلية والتكليف به في الحجية بأن يعلم أنا مكلفون بالتمسك باستصحاب العدم الأصلي إلى أن يصرف عنه دليل شرعي من نص أو إجماع أو قياس (ذو الدرجة الوسطى) أو الكاملة لغة وعربية من نحو وتصريف وأصولا بأن يكون عارفا بالقواعد الأصولية وبلاغة من معان وبيان وما تتعلق الأحكام به بدلالته عليها من كتاب وسنة وإن لم يحفظ المتون ليتأتى له الاستنباط المقصود بالاجتهاد أما علمه بآيات الأحكام وأحاديثها أي مواقعها .وإن لم يحفظها فلأنها المستنبط منه وأما علمه بأصول الفقه فلأنه يعرف به كيفية الاستنباط وغيرها لما يحتاج إليه وأما علمه بالباقي فلأنه لا يفهم المراد من المستنبط منه إلا به لأنه عربي بليغ ومنها ما هو شرط في الاجتهاد لا صفة في المجتهد وهي ما نقله ابن السبكي عن والده في جمع الجوامع من كونه خبيرا بمواقع الإجماع كي لا يخرقه ،وبالناسخ والمنسوخ ليقدم الأول على الثاني وبأسباب النزول لترشده إلى فهم المراد وبشرط المتواتر والآحاد المحقق لهما ليقدم الأول على الثاني وبالصحيح والضعيف من الحديث أي ماصدقات الأحاديث الصحيحة والحسنة والضعيفة لا مفاهيمها ،فإن ذلك اصطلاح حادث ليقدم ماصدق الصحيحة والحسنة على ماصدق الضعيفة ،وبحال الرواة في القبول والرد ليقدم المقبول على المردود ويشترط لاعتماد قوله لا لاجتهاده العدالة واختلفوا في كون البحث عن المعارض كالمخصص والمقيد والناسخ .وعن اللفظ هل معه قرينة تصرفه عن ظاهره ليسلم ما يستنبطه عن تطرق الخدش إليه لو لم يبحث واجبا أو أولى فيجوز له أن يتمسك بالعام قبل البحث عن المخصص على الأصح اهوهذه الشروط قد اتفقوا على تسليم تحققها في علماء تلك القرون ولم يعارضوا من ادعى الاجتهاد المطلق منهم .وأما علماء القرن الرابع وعلماء من بعده من القرون إلى هذا القرن فوقع الاختلاف في تسليم تحقق تلك الشروط في بعضهم وعدم تسليم ذلك فادعى جماعة من علماء القرن الرابع فما بعده تحقق تلك الشروط فيه وأنه بلغ درجة الاجتهاد المطلق بناء على أمور أحدها قول ابن السبكي في جمع الجوامع مع توضيح من المحلي ويكفي الخبرة بحال الرواة في زماننا الرجوع إلى أئمة ذلك من المحدثين كالإمام أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم فيعتمد عليهم في التعديل والتجريح لتعذرهما في زماننا إلا بواسطة وهم أولى من غيرهم .وثانيها قول العلامة المحقق الشيخ جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي رحمه الله تعالى في رسالته الرد على من أخلد إلى الأرض أن الاجتهاد المطلق قسمان مستقل

وغير مستقل والمستقل هو الذي استقل بقواعده لنفسه يبني عليها الفقه خارجا عن قواعد المذاهب المقررة كمالك والشافعي وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل وداود وغيرهم من مجتهدي القرون الثلاثة المشهود لهم بالخيرية قال السيوطي :وهذا القسم قد فقد من دهر بل لو أراده الإنسان اليوم لامتنع عليه ولم يجز له نص عليه غير واحد، قال ابن برهان في كتابه في الأصول: أصول المذاهب وقواعد الأدلة منقولة عن السلف فلا يجوز أن يحدث في الأعصار خلافها اهـ كلام ابن برهان وهو من أصحابنا الشافعية .وقال ابن المنير وهو من أئمة المالكية اتباع الأئمة الآن الذين حازوا شروط الاجتهاد مجتهدون ملتزمون أن لا يحدثوا مذهبا أما كونهم مجتهدين فلأن الأوصاف قائمة بهم .وأما كونهم ملتزمين أن لا يحدثوا مذهبا فلأن إحداث مذهب زائد بحيث يكون لفروعه أصول وقواعد مباينة لسائر قواعد المتقدمين متعذر الوجود لاستيعاب المتقدمين سائر الأساليب اهـ كلامهوذكر نحوه ابن الحاج في المدخل وهو مالكي أيضا ،والمجتهد غير المستقل هو الذي وجدت فيه شروط الاجتهاد المذكورة التي اتصف بها المجتهد المستقل إلا أنه لم يبتكر لنفسه قواعد بل سلك طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد قال النووي في شرح المهذب تبعا لابن الصلاح في كتابه آداب الفتيا وهذا لا يكون مقلد الإمامة لا في المذهب ولا في دليله لاتصافه بصفة المستقل وإنما ينسب إليه لسلوكه طريقه في الاجتهاد وادعى الأستاذ أبو إسحاق هذه الصفة لأصحابنا فحكى عن أصحاب مالك وأحمد وداود وأكثر الحنفية أنهم صاروا إلى مذهب أئمتهم تقليدا لهم ثم قال: والصحيح الذي عليه المحققون ما ذهب إليه أصحابنا وهو أنهم صاروا إلى مذهب الشافعي لا تقليدا له ؛بل لما وجدوا طريقه في الاجتهاد والقياس أسد الطرق ولم يكن لهم بد من الاجتهاد سلكوا طريقه فطلبوا معرفة الأحكام بطريق الشافعي ،وذكر أبو علي السنجي نحو هذا فقال: اتبعنا الشافعي دون غيره لأنا وجدنا قوله أرجح الأقوال وأعدلها لا أنا قلدناه ،قال النووي :هذا الذي ذكره موافق لما أمرهم به الشافعي ثم المزني في أول مختصره وغيره بقوله مع إعلامه بنهيه عن تقليد غيره، قال ثم فتوى المفتي في هذا النوع كفتوى المستقل في العمل بها والاعتداد بها في الإجماع والخلاف اهـ كلام النوويقال السيوطي : فالمطلق أعم مطلقا من المستقل فكل مستقل مطلق وليس كل مطلق مستقلا والذي ادعيناه هو الاجتهاد المطلق لا الاستقلال بل نحن تابعون للإمام الشافعي رضي الله عنه وسالكون طريقه في الاجتهاد امتثالا لأمره ومعدودون من أصحابه ،وكيف يظن أن اجتهادنا مقيد والمجتهد المقيد إنما ينقص عن المطلق بإخلاله بالحديث والعربية وليس على وجه الأرض من مشرقها إلى مغربها أعلم بالحديث والعربية مني إلا أن يكون

الخضر أو القطب أو أولياء الله فإن هؤلاء لم أقصد دخولهم في عبارتي والله أعلم اهـ كلام السيوطي.(٣)الأمر الثالث أن الاجتهاد المطلق فرض كفاية فكيف يدعي خلو الأرض عمن يقوم به فيأثم جميع الأمة المحمدية كما في رسالة السيوطي المذكورة، وفي حاشية الباجوري على ابن قاسم وادعى الجلال السيوطي بقاءه إلى آخر الزمان واستدل بقوله – صلى الله عليه وسلم – « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها »(٤)ومنع الاستدلال بأن المراد بمن يجدد أمر الدين من يقرر الشرائع والأحكام لا المجتهد المطلق اهـ .والجمهور على أن شروط الاجتهاد المطلق المذكورة لم تتحقق في شخص من علماء القرن الرابع فما بعده ،وأن من ادعى بلوغها منهم لا تسلم له دعواه ضرورة أن بلوغها لا يثبت **بمجرد الدعوى** ،وأن فرض الكفاية لا يجب على المكلفين به تحصيله وإنما يجب عليهم الاجتهاد في تحصيل شروطه بقدر ما في طاقاتهم البشرية فإذا تعذر عليهم تحصيلها كيف يدعي تأثيم جميعهم، قال ابن أبي الدم عالم الأقطار الشامية بعد سرده شروط الاجتهاد المطلق : هذه الشروط يعز وجودها في زماننا في شخص من العلماء بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق اهـ____________(١) – أنوار البروق في أنواع الفروق – (ج ٣ / ص ٣٥١) فما بعدها(٢) – مسند البزار (٤٥٠٨) صحيح مشهور(٣) – قلت :هذا ادعاء عريض من الإمام السيوطي ، فلم يسلم له علماء عصره بهذه الدعوى العريضة !!!(٤) – سنن أبى داود(٤٢٩٣) صحيح." [1]

"""""" صفحة رقم ١٢٠ """"المثال الرابعإن العلماء اختلفوا في الضرب بالتهموذهب مالك إلى جواز السجن في التهم وإن كان السجن نوعا من العذاب ونص أصحابه على جواز الضرب وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم لتعذر استخلاص الأموال من أيدى السراق والغصاب إذ قد يتعذر إقامة البينة فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والإقرارفإن قيل هذا فتح باب التعذيب البرىء قيل ففى الإعراض عنه إبطال استرجاع الاموالبل الإضراب عن التعذيب أشد ضررا اذ لا يعذب أحد **لمجرد الدعوى** بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس وتؤثر في القلب نوعا من الظنفالتعذيب في الغالب لا يصادف البدىء وإن امكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر في تضمين الصناعفإن قيل لا فائدة في الضرب وهو لو أقر لم يقبل إقراره في تلك الحالفالجواب إن له فائدتين إحداهما ان يعين

---

(١) الخلاصة في أحكام الاجتهاد والتقليد، ص/٩٢

المتاع فتشهد عليه البينة لربه وهي فائدة ظاهرةوالثانية ان غيره قد يزدجر حتى لا يكثر الإقدامفقتل أنواع هذا الفساد." (١)

"والثاني كالزكاة حقيقة في النماء أي الزيادة محتمل فيما يخرج من المال لأن يكون حقيقة أيضا أي لغوية ومنقولا شرعا فكذلك نقول الرأس حقيقة في البشرة محتمل في الشعر لأن يكون حقيقة أيضا أي لغوية أو منقولا شرعيا فتأمل هذا مع ما مر من القول بأن القرية حقيقة في الأبنية المجتمعة يظهر لك ما زعمه هذا المستشكل سيما قوله لأن النقل وضع ثان والقول بأن الرأس موضوع لثلاث شعرات منه مما لا قائل به لأن هذا الذي زعمه مبني على ما توهمه من أن ادعاء النقل أو الاشتراك يستلزم تحقق وضعهم لذلك المحتمل في المعنى الثاني حقيقة أو منقولا وليس ذلك مرادا كما علمته وقوله هذا حال أصول مقدماته وفروعها على هذا القياس يقال عليه قد بان أن كل مقدمة منها وأن الاعتراض على شيء منها مبني إما على عدم الإحاطة بكلام الأئمة أو على الوهم في فهمه وإما على **مجرد الدعوى** كما بان ذلك واتضح.." (٢)

"المثال الثاني والعشرون : رد حديث القسامة الصحيح الصريح المحكم بالمتشابه من قوله ﷺ لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه ﷺ والذي شرع الحكم بالقسامة هو الذي شرع أن لا يعطى أحد بدعواه المجردة ، وكلا الأمرين حق من عند الله ، لا اختلاف فيه ، ولم يعط في القسامة **بمجرد الدعوى** ، وكيف يليق بمن بهرت حكمة شرعه العقول أن لا يعطي المدعي بمجرد دعواه عودا من أراك ثم يعطيه بدعوى مجردة دم أخيه المسلم ؟ وإنما أعطاه ذلك بالدليل الظاهر الذي يغلب على الظن صدقه فوق تغليب الشاهدين ، وهو اللوث والعداوة والقرينة الظاهرة من وجود العدو مقتولا في بيت عدوه ، فقوى الشارع الحكيم هذا السبب باستحلاف خمسين من أولياء القتيل الذين يبعد أو يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البريء بذم ليس منه بسبيل ولا يكون فيهم رجل رشيد يراقب الله ؟ ولو عرض على جميع العقلاء هذا الحكم والحكم بتحليف العدو الذي وجد القتيل في داره

---

(١) الاعتصام ـ للشاطبى ، ١٢٠/٢

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٤٦٦/١

بأنه ما قتله لرأوا أن ما بينهما من العدل كما بين السماء والأرض ، ولو سئل كل سليم الحاسة عن قاتل هذا لقال من وجد في داره ، والذي يقضي منه العجب." (١)

"وقوله : ﴿ ولكن اليمين على المدعى عليه ﴾ هو في مثل هذه الصورة حيث لا تكون مع المدعي إلا **مجرد الدعوى** ، وقد دل القرآن على رجم المرأة بلعان الزوج إذا نكلت ، وليس ذلك إقامة للحد بمجرد أيمان الزوج ، بل بها وبنكولها ، وهكذا في القسامة إنما يقبل فيها باللوث الظاهر والأيمان المتعددة المغلظة ، وهاتان بينتا هذين الموضعين ، والبينات تختلف بحسب حال المشهود به كما تقدم بأربعة شهود ، وثلاثة ، بالنص وإن خالفه من خالفه في بينة الإعسار ، واثنان ، وواحد ويمين ، ورجل وامرأتان ، ورجل واحد ، وامرأة واحدة ، وأربعة أيمان ، وخمسون يمينا ، ونكول وشهادة الحال ، ووصف المالك اللقطة ، وقيام القرائن ، والشبه الذي يخبر به القائف ، ومعاقد القمط ، ووجوه الآجر في الحائط ، وكونه معقودا ببناء أحدهما عند من يقول بذلك ؛ فالقسامة مع اللوث أقوى البينات .." (٢)

"ويشترط أن يكون الحكم في الأصل معللا بمناسب، خلافا للغزالي، ويلتحق به الطردي إذا قام الإجماع على أصل تعليله، كما لو قام الإجماع على تعليل حكم بأحد أوصاف ثم قام الدليل على إبطالها كلها خلا واحدا، فيتعين للتعليل وإن كان طرديا وإلا اختلف الإجماع. وهو ملخص ما اختاره إمام الحرمين.وأن يقع الاتفاق على أن العلة لا تركيب فيها، كما في مسألة الربا، وأما في غيرها فلا يكفي، فإنه وإن بطل كونه علة مستقلة جاز أن يكون جزءا من أجزائها. وإذا انضم إلى غيره صار علة مستقلة، وحينئذ فلا يكفي في إبطال سائر الأقسام الاستدلال على أنه ليس واحد منها علة مستقلة، بل لا بد من إبطال كون المجموع علة أو جزءا من العلة، وأن يكون حاصرا لجميع الأوصاف. وطريقه أن يوافقه الخصم على انحصارها فيما ذكر أو يعجز عن إظهار زائد، وإلا فيكفي المستدل أن يقول: بحثت عن الأوصاف فلم أجد معنى سوى ما ذكرته، أو الأصل عدم ما سواها، واكتفوا في حصر الأوصاف بعدم الوجدان. وهذا إذا كان أهلا للبحث، ونازع في ذلك بعض المتأخرين، فإن ذلك يحتاج إلى الاطلاع على جميع النصوص، ثم إلى معرفة جميع وجوه الدلالات، وهذا عسر جدا.وقد يكون علمه قليلا وفهمه ناقصا. وكذلك قال الصفي الأصفهاني في نكته: من الفاسد قول المعلل في جواب طالب الحصر: بحثت وسبرت فلم أجد

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٣٦٥/٢

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٣٦٧/٢

غير هذه الأشياء، فإن ظفرت بعلة أخرى فأبرزها وإلا يلزمك ما يلزمني قال: وهذا فاسد، لأن سبره لا يصلح دليلا، لأن الدليل ما يعلم به المدلول، ومحال أن يعلم طالب الحصر الانحصار ببحثه ونظره، وجهله لا يوجب على خصمه أمرا، واختار ابن برهان في الأوسط التفصيل بين المجتهد وغيره. ثم إن كان مجتهدا رجع إلى ما يغلب على ظنه، وإن كان مناظرا ولم يساعده الخصم فهل يلزمه إبداء كيفية السبر؟ اختلفوا فيه على قولين: أحدهما: لا، لأنه لا يستقل درء قوله، لاحتمال أن يكون وراءه تقسيم متوجه لم يذكره، و "أصحهما"، واختاره في المنخول، أنه لا بد من إبداء كيفية السبر، ليكون دليلا غير مقتصر على **مجرد الدعوى**، وليس للخصم أن يقول: لم يبحث، أو يسبر، أو هو غريب، ولا أن يقول: بقي وصف آخر ولا أبرزه.تنبيه :لم يحكوا خلافا في هذا القسم، ورأيت في كتاب ابن فورك: إذا كانت في المسألة علل ففسدت إلا واحدة، هل ذلك دليل على صحتها؟ وجهان، الصحيح:." [1]

" والجواب هو أن هذا **مجرد الدعوى** فلا يقبل من غير دليل

قالوا ولأن من شرط العلة أن يشترك فيها الأصل والفرع والاشتراك في النفي لا يصح

قلنا لا نسلم فإن الاشتراك يصح في النفي كما يصح في الإثبات على أن النفي يتضمن الإثبات والاشتراك فيه فصح ." [2]

"[3] قوله ويسقط القطع بدعواه كون المسروق ملكه أي وإن لم يثبت كون المسروق ملكه بعد ما ثبت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار لأن الشبهة دارئة للحدود فتحقق **بمجرد الدعوى** بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار كما في البحر في باب ما يقطع وما لا يقطع وقال الإسبيجابي الأصل أنه متى ادعى شبهة وأقام البينة عليها سقط الحد **وبمجرد الدعوى** يسقط أيضا إلا الإكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الإكراه كما في البحر في باب ما يوجب الحد وما لا يوجبه قوله ولم يعلم ذلك أي والحال أنه لم يعلم كونها زوجته لأنها لو علم كونها زوجته لم تحتج إلى دعواها لتكون شبهة دارئة للحد قوله ألا ترى أنه لا تثبت بالشهادة ضمير أنه راجع للحدود باعتبار واحدها قوله لكن القاضي لا يعرف لسانه إلخ الصواب لأن

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٢٠١/٤

(٢) التبصرة، ص/٤٥٧

(٣) ٣٨٤

القاضي لا يعرف إلخ لأن المقام مقام التعليل لا مقام الاستدراك وقد راجعت عبارة الصدر الشهيد فوجدتها بصيغة التعليل كما صوبت ﷺ." (١)

"(١٥) قوله : وأحد الزوجين أي ، ولا قطع بسرقة أحد الزوجين الآخر (١٦) قوله : وسيده أي ، ولا قطع بسرقة السيد من عبده المأذون المديون .(١٧) قوله : وعبده ؛ أي ، ولا قطع بسرقة العبد من سيده .(١٨) قوله : ومن بيت مأذون إلخ : أي ، ولا قطع بسرقة مال من بيت مأذون في دخوله .(١٩) قوله : ولا فيما كان أصله مباحا كذا في النسخ بالنصب ، والصواب بالرفع ، ولا قطع في سرقة مال أصله مباح كالكلأ المحرز ، وفي كلام المصنف رحمه الله حذف اسم لا ، وهو لا يجوز .قوله : ويسقط القطع بدعواه كون المسروق ملكه : أي ، وإن لم يثبت كون المسروق ملكه بعد ما ثبت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار ؛ لأن الشبهة دارئة للحدود فتحقق **بمجرد الدعوى** ، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار .كما في البحر في باب ما يقطع ، وما لا يقطع .وقال الإسبيجابي : الأصل أنه متى ادعى شبهة ، وأقام البينة عليها سقط الحد ، **وبمجرد الدعوى** يسقط أيضا إلا الإكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الإكراه كما في البحر في باب ما يوجب الحد ، وما لا يوجبه .(٢١) قوله : ولم يعلم ذلك : أي ، والحال أنه لم يعلم كونها زوجته ؛ لأنها لو علم كونها زوجته لم تحتج إلى دعواها لتكون شبهة دارئة للحد." (٢)

"قالوا على هذا أن واو العطف تجرى مجرى واو الجمع فى اشتراك الاسمين فى الحكم مثل قول القائل اضرب فلانا وفلانا أو أكرم فلانا وفلاناأما من أين قلتم أنه يجرى مجرى واو الجمع فى انصراف الاستثناء إليها هذا **مجرد الدعوى** ثم نقضوا ذلك بالجملتين المتباينتين وهو قوله أكرم ربيعة واضرب بنى تميم إلا الطوال وإنما ينصرف الاستثناء إلى بنى تميم خاصة ثم قالوا فى قوله ربيعة وبنو تميم اضربوهم إلا الطوال منهم إنما انصرف الاستثناء إليها لأن الاستثناء ينفصل بقوله اضربوهم وفيه اسم الفريقين فينصرف الاستثناء إليهماوأما إذا قال اضرب بنى تميم وربيعة إلا الطوال فلم يتصل الاستثناء باسم فيشمل الفريقين وقالوا أيضا إن الواو قد تكون للعطف وقد تكون للنظم على ما بيناومعلوم أنه إذا قال الرجل أكرموا من يزورنا وقد حبست على أقاربى دارى هذه واشتريت عقارى الذى تعرفونه من بيت فلان وإذا مت فأعتقوا عبيدى إلا الفاسق منهم فإن الواو فى هذه المواضع يفيد أن يكون للعطف وجعل الجملة بمنزلة الجملة الواحدة

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ١/٣٨٤

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢/٣١٥

فدل أنها للنظموقوله إلا الفاسق ينصرف إلى ما يليهالجواب أنا نقول إن الجمل المعطوف بعضها على بعض تصير بمنزلة الجملة الواحدة إذا لم تكن فى الآخر ما يدل على الإضراب عن الأول لأنه إذا لم يكن إضرابا عن الأول فالإتيان بحرف العطف بين الجملتين والتعقيب بالاستثناء الذى أصل رده إلى الكل يدل على أنه لم يتم غرضه من الكلام الأولوالدليل على أنه لم يضرب عن الأول بالثانى أنه فى الخطاب أضاف إلى الحكم الأول حكما آخر مبتنيا على السبب الأول وهذا فى آية القذف ظاهر---قواطع الأدلة في الأصول ج:١ ص:٢١٩ونظيره من الكلام قول القائل ادخل البلد الفلانى وسلم على بنى هاشم واستأمرهم وكذلك يقول سلم على بنى تميم وربيعة." (١)

"المصلحة أن يفعل بحسب ظننا وقولهم إن المصالح لا---قواطع الأدلة في الأصول ج:٢ ص:٩٥قواطع الأدلة في الأصول ج:٢ ص:٩٤يتوصل إليها بالآراء والأمارات قلنا ولم هذا لأن الأمارات التى تستند إلى النصوص لنستدرك بها المصالح لأنها بمنزلة النصوص ومن قال لا التي يستدرك بقول ليس بيدك إلا **مجرد الدعوى** ويقال لهم أيضا إن المصالح تستدرك بالنصوص لكن منها ما يستدرك بنص ظاهر جلى وبعضها يستدرك بنص خفى فيفتقر إلى الاستدلال حتى يعلم المراد به والقياس من هذا القبيل وهذا لما قلنا إن الأقيسة لما استندت إلى النصوص صارت بمنزلة النصوصفأما قولهم إن الجلى من أحكام الشرعية لا يعرف إلا بنص فكذلك الخفى منها قلنا ولم ينبغى أن يكون كذلك أليس ما عدا الشرعيات يعلم حكمه بالإدراك والضرورة ويعلم خفيه بالاستدلال دون الإدراك وجلى الشرعيات يعلم بالنصوص الظاهرة وخفيها يعلم بنص خفى وكثير الزعفران الواقع فى الماء يعلم بالإدراك وخفيه يعلم بخبر من شاهد وقوعه به فإن قالوا إن ذلك يستند إلى المشاهدة قلنا وكذلك أحكام الفروع استندت إلى الأحكام الثابته بالنصوصجواب آخر إن جميع الشرعيات تعلم عندنا بالنص ولكن بعضها يعلم بظاهر وبعضها يعلم بالاستدلال بالنص وما علم بالقياس هو مثل ما علم بطريق الاستدلالوأما قولهم إن هذه العلل توجد وهى غير موجبة وهى قبل الشرع فلو كانت موجبة لم ينقل عن موجبها كالعلل العقلية." (٢)

"الحكم فى الفرع بذلك المعنى قطعوأما قولهم لو كان على الصواب من الحق دليل من قبل الله تعالى لنقض الحكم ما عداه ولم يسع الفتوىقلنا ليس يجب هذا وليس مع الخصم إلا **مجرد الدعوى**ببينة

---

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ١٨٩/١

(٢) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ١١٥/٣

أن كثيرا من المجتهدين يستدل بالقرآن فى مواضع وبالنصوص فى مواضع ولا شك أنه الدليل ما عداه ومع ذلك لا يفسق تارك ذلك لأن كل واحد من المجتهدين يرجع إلى دليل عنده ويصير إلى تأويل لما يتعلق به من مخالفة لذلك فى الأقيسة لما كان كل واحد من القائسين يصير إلى تأثير عند نفسه وهو فى الأصل الذى يسنبط منه ظنى لم يفسق من يخالف ولم ينقض الحكم الصادر مما يخالفه وساغ الفتوى والحكم به لمن يظن أنه الحقوأما قولهم إن القول بتخطئة بعض المجتهدين وتصويب البعض يؤدى إلى اقسام كلها فاسدةقلنا لا يؤدى لأنا بينا أن على الحق دليلا منصوبا من قبل الله تعالى لكن إنما يوصل إليه بطريق ظنى فما يعود إلى معرفة علة الأصل فى الظنيات ميل عظيم وكل واحد يظن غير ما يظن صاحبه وليس يستقر على شئ واحد فالشرع سامح فى ذلك ولم يؤاخذنا بخطأبل أصاب بقصد طلب الحق وبذل الجهد منه عند نفسه وغفر له ماأخطأه وجعله من المعفو عنهم وأما فى الأصول الدينية فلما كان الوصول إليها بالدلائل القطعية من كل وجه شدد الله تعالى فى ذلك ولم يعذر بالخطأ وفسق بالخلاف تارة وكفر أخرى وعفى مرة ولم يعف أخرى فهذا هو الفرق بين مسائل الأصول بين مسائل الفروع وهو أيضا يبين وجه قولنا إنه مع خطأه الصواب عند الله عز وجل مغفور لهوأما قولهم إنما قلتم يؤدى إلى تكليفه ما ليس فى الوسعقلنا ليس كذلك لأنا أمرناه بطلب الحق وقد يجوز أن يصيبه فى الجملة وإذا لم يصب لا يكون عليه مؤاخذة ولا تبعة فأين قولهم إنه تكليف لما لا يكون فى وسعهوأما تعلقهم بفصل القبلة." (١)

"لو اختلف في مدة الخيار مع البائع في كون المبيع معيبا أو فاقدا وصفا مرغوبا فيهمثلا شرط في العقد لا يحلف واحد منهما لكون المشتري يمكنه الفسخ بحكمخيار الشرط فينقطع النزاع بدون أن يصار إلى اليمين ليفسخ بحكم العيبلا خيار فوات الوصف المرغوب فيه هذا إذا لم يكن مجرد دعوى المستصنع في---شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٣٧٦فرع جامع الفصولين أنه لم يصنع كما أمر معتبرة ردا للمصنوع على الصانع شرعابحكم الخيار الثابت له أما إذا كان ذلك منه معتبرا ردا بحكم الخيار كانت علةعدم تحليف واحد منهما هي انفساخ العقد بينهما وارتفاع سبب الخصومةولم أظفر بنقل يفصح عن العلة هل هي القدرة على فسخ العقد أو انفساخه**بمجرد الدعوى** والله سبحانه أعلم ثم رأيته في رد المحتار _ آخر كتاب الوقف عندتعداد صاحب الدر المحتار ما لا يجري فيه التحليف وذكر مسألة الاستصناعالمرقومة _ نقل عن الطحاوي ما يفيد أن علة عدم التحليف فيها هي تمكنالمستصنع من الفسخ بدون التحليف وهو

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ٣/٣٩٩

بمعنى ما عللناه به أولاثم كما لا يصار إلى اليمين إلا إذا توقف قطع النزاع عليها لا يصار إليهاإلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره فلو كان لو أقرلا ينفذ إقراره لا يستحلف فقد قال صاحب جامع الفصولين الوكيلبقبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو ادعى إبراءه وأراد تحليفالوكيل أنه لا يعلم به لا يحلف إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغيروكذا أب طالب زوج ابنته البالغة بمهرها وقال ابنتي بكر في منزلي وقالالزوج دخلت بها ولم يبق لك حق القبض والأب ينكر صدق الأب لتمسكهبالأصل ولا يحلف الأب أنه لا يعلم بدخوله إذ لو أقر لم يجز عليهاادعى وصي الميت دينا على آخر فادعى الإيفاء حال حياته وأنكر وصيهلا يحلف لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي انتهى ملخصا(صفحة ١٩٩)." (١)

"ص -١٠٢-...إلى ذلك فجانبه أقوى من جانب المرأة قطعا فشرعت اليمين من جانبه ولهذا كان القتل في القسامة واللعان وهو قول أهل المدينة فأما فقهاء العراق فلا يقتلون لا بهذا ولا بهذا وأحمد يقتل بالقسامة دون اللعان والشافعي يقتل باللعان دون القسامة وليس في شيء من هذا ما يعارض الحديث الصحيح وهو قوله صلى الله عليه وسلم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه فإن هذا إذا لم يكن مع المدعي إلا **مجرد الدعوى** فإنه لا يقضى له **بمجرد الدعوى** فأما إذا ترجح جانبه بشاهد أو لوث أو غيره لم يقض له بمجرد دعواه بل بالشاهد المجتمع من ترجيح جانبه ومن اليمين وقد حكم سليمان بن داود عليه السلام لإحدى المرأتين بالولد لترجح جانبها بالشفقة على الولد وإيثارها لحياته ورضى الأخرى بقتله ولم يلتفت إلى إقرارها للأخرى به وقولها: "هو ابنها" ولهذا كان من تراجم الأئمة على هذا الحديث: "التوسعة للحاكم أن يقول للشيء الذي لا يفعله أفعل" ليستبين به الحق ثم ترجم ترجمة أخرى أحسن من هذه وأفقه فقال: "الحكم بخلاف ما يعترف به المحكوم له إذا تبين للحاكم أن الحق غير ما اعترف به" فهكذا يكون فهم الأئمة من النصوص واستنباط الأحكام التي تشهد العقول والفطر بها منها ولعمر الله إن هذا هو العلم النافع لا خرص الآراء وتخمين الظنون.فإن قيل: ففي القسامة يقبل مجرد أيمان المدعين ولا تجعل أيمان المدعى عليهم بعد أيمانهم دافعة للقتل وفي اللعان ليس كذلك بل إذا حلف الزوج مكنت المرأة أن تدفع عن نفسها بأيمانها ولا تقتل بمجرد أيمان الزوج فما الفرق.قيل: هذا من كمال الشريعة وتمام عدلها ومحاسنها فإن المحلوف عليه في القسامة حق لآدمي وهو

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٢٦

استحقاق الدم وقد جعلت الأيمان المكررة بينة تامة مع اللوث فإذا قامت البينة لم يلتفت إلى أيمان المدعى عليه وفي اللعان المحلوف." (١)

"ص -٣٣١-...عن بيع الرطب بالتمر اتباعا لسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلها وإعمالا لأدلة الشرع جميعها فإنها كلها حق ولا يجوز ضرب الحق بعضه ببعض وإبطال بعضه ببعض والله الموفق.المثال الثاني والعشرون: رد حديث القسامة الصحيح الصريح المحكم بالمتشابه من قوله: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" والذي شرع الحكم بالقسامة هو الذي شرع أن لا يعطى أحد بدعواه المجردة وكلا الأمرين حق من عند الله لا اختلاف فيه ولم يعط في القسامة **بمجرد الدعوى** وكيف يليق بمن بهرت حكمة شرعه العقول أن لا يعطى المدعي بمجرد دعواه عودا من أراك ثم يعطيه بدعوى مجردة دم أخيه المسلم؟ وإنما أعطاه ذلك بالدليل الظاهر الذي يغلب على الظن صدقه فوق تغليب الشاهدين وهو اللوث والعداوة والقرينة الظاهرة من وجود العدو مقتولا في بيت عدوه فقوى الشارع الحكيم هذا السبب ب استحلاف خمسين من أولياء القتيل الذين يبعد أو يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البريء بدم ليس منه بسبيل ولا يكون فيهم رجل رشيد يراقب الله ولو عرض على جميع العقلاء هذا الحكم والحكم بتحليف العدو الذي وجد القتيل في داره بأنه ما قتله لرأوا أن مابينهما من العدل كما بين السماء والأرض ولو سئل كل سليم الحاسة عن قاتل هذا لقال من وجد في داره والذي يقضي منه العجب أن يرى قتيل يتشحط في دمه وعدوه هارب بسكين ملطخة بالدم ويقال القول قوله فيستحلفه بالله ما قتله ويخلي سبيله ويقدم ذلك على أحسن الأحكام وأعدلها وألصقها بالعقول والفطر الذي لو اتفقت العقلاء لم يهتدوا الأحسن منه بل ولا لمثله وأين ما تضمنه الحكم بالقسامة من حفظ الدماء إلى ما تضمنه تحليف من لا يشك مع القرائن التي تفيد القطع أنه الجاني ؟.ونظير هذا إذا رأينا رجلا من أشراف الناس حاسر الرأس بغير عمامة وآخر." (٢)

"ص -٣٣٢-...أمامه يشتد عدوا وفي يه عمامة وعلى رأسه أخرى فإنا ندفع العمامة التي بيده إلى حاسر الرأس ونقبل قوله ولا نقول لصاحب اليد: القول قولك مع يمينك وقوله صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم" لا يعارض القسامة بوجه فإنه إنما نفى الإعطاء بدعوى مجردة وقوله: "ولكن اليمين

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١١٢/٧

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٩١/٨

على المدعى عليه" هو في مثل هذه الصورة حيث لا تكون مع المدعي إلا **مجرد الدعوى** وقد دل القرآن على رجم المرأة بلعان الزوج إذا نكلت وليس ذلك إقامة للحد بمجرد أيمان الزوج بل بها وبنكولها وهكذا في القسامة إنما يقبل فيها باللوث الظاهر والأيمان المتعددة المغلظة وهاتان بينتا هذين الموضعين والبينات تختلف بحسب حال المشهود به كما تقدم: بأربعة شهود وثلاثة بالنص وإن خالفه من خالفه في بينة الإعسار واثنان وواحد ويمين ورجل وامرأتان ورجل واحد وامرأة واحدة وأربعة أيمان وخمسون يمينا ونكول وشهادة الحال ووصف المالك اللقطة وقيام القرائن والشبه الذي يخبر به القائف ومعاقد القمط ووجوه الآجر في الحائط وكونه معقودا ببناء أحدهما عند من يقول بذلك فالقسامة مع اللوث أقوى البينات.المثال الثالث والعشرون: رد السنة الثابتة المحكمة في النهي عن بيع الرطب بالتمر بالمتشابه من قوله: "وأحل الله البيع" وبالمتشابه من قياس في غاية الفساد وهو قولهم: الرطب والتمر إما أن يكونا جنسين وإما أن يكونا جنسا واحدا وعلى التقديرين فلا يمنع بيع أحدهما بالآخر وأنت إذا نظرت إلى هذا القياس رأيته مصادما للسنة أعظم مصادمة ومع أنه فاسد في نفسه بل هما جنس واحد أحدهما أزيد من الآخر قطعا بلينته فهو أزيد أجزاء من الآخر بزيادة لا يمكن فصلها وتمييزها ولا يمكن أن يجعل في مقابلة تلك الأجزاء من الرطب ما يتساويان به عند الكمال إذ هو ظن وحسبان فكان المنع من بيع أحدهما بالآخر محض القياس لو لم تأت به سنة وحتى لو لم يكن ربا ولا القياس يقتضيه لكان أصلا." [1]

"ص -٣٦-...إلى ذلك المشترك استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استناد الشيء إلى المعرف له ولا يمتنع ذلك بل هو الواقع في سائر الأحكام فإن الحكم مستند إلى الحاجة استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استثناء الشيء إلى المعرف واعلم أن الحجاج في هذه المسألة طويل لا يحتمله هذا الشرح لا سيما وصاحب الكتاب أومى إلى الاختصار حيث اقتصر فيها على **مجرد الدعوى** والحق عندي جريان القياس فيها إن قلنا برجوع التشبيه إلى الأحكام الشرعية على ما تقدم ذلك في أوائل الكتاب فإنه حينئذ يشملها دلائل العمل بالقياس في الأحكام ثم إن اعترف الخصوم بمكان معرفة العلة وتعديتها ثم توقفوا عن التعدية كانوا متحكمين بالفرق بين حكم وحكم كمين يقول نجري القياس في حكم الضمان لا في القصاص وفي البيع لا في النكاح وإن ادعوا الإحالة فمن أين عرفوا ذلك فإن قلت الأحكام مسلم في العقل لكنه غير واقع لأنه لا يتيقن الأسباب علة مستقيمة تتعدى قلت الآن قد ارتفع النزاع الأصولي إذ لا ذاهب إلى تجويز

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٩٢/٨

القياس حيث لا تفعل العلة أو لا تتعدى وهم قد ساعدونا على تجويز القياس حيث أمكن معرفة العلة وتعديتها فارتفع الخلاف وهذا ذكره الغزالي فذكرناه هنا وأما إن لم نقل برجوع السببية إلى الأحكام فعندي توقف." (١)

"ص -٢١٣-...الأهلية لوجوب ما له وعليه" من الحقوق المشروعة إذ الوجوب شغل الذمة وأورد بأن هذا صادق على العقل بالمعنى السابق وأن الأدلة لا تدل على ثبوت مغاير للعقل وأجيب بمنع أن العقل بهذه الحيثية بل هو مجرد فهم الخطاب والوجوب مبني على الوصف المسمى بالذمة حتى لو فرض ثبوت العقل بدون هذا الوصف بأن ركب في حيوان غير آدمي لم يثبت الوجوب له وعليه والحاصل أن هذا الوصف بمنزلة السبب لكون الإنسان أهلا للوجوب له وعليه والعقل بمنزلة الشرط وتعقب بأن المعترض مانع كون الوصف الذي يبتنى عليه الوجوب أمرا آخر غير العقل فلا وجه لمنع أن العقل بهذه الحيثية ثم القول بأن الوجوب مبني على هذا الوصف ليس أمرا زائدا على **مجرد الدعوى** ثم ظاهر التقويم يشير إلى أن المراد بالذمة العقل "وفخر الإسلام" ومتابعوه الذمة "نفس ورقبة لها" ذمة و "عهد" فالرقبة تفسير للنفس والعهد تفسير للذمة "والمراد أنها" أي الذمة "العهد" المشار إليه في قوله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى﴾ [الأعراف: ١٧٢] الآية وقد جاءت السنة موضحة ذلك. ففي صحيح الحاكم عن أبي بن كعب في قوله تعالى: ﴿وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم﴾ [الأعراف: ١٧٢]الآية قال جمعهم له يومئذ جميعا ما هو كائن إلى يوم القيامة فجعلهم أزواجا ثم صورهم فاستنطقهم فتكلموا وأخذ عليهم العهد والميثاق وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين قال فإني أشهد عليكم السموات والأرضين السبع وأشهد عليكم أباكم آدم أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين فلا تشركوا بي شيئا فإني أرسل إليكم رسلا يذكرونكم عهدي وميثاقي وأنزل عليكم كتبي فقالوا نشهد أنك ربنا وإلهنا لا رب لنا غيرك ورفع لهم أبوهم آدم فرأى." (٢)

"ص -١٧-...لدلالة النصوص على العمل بها فقال: "وليس منه مصلحة ضرورية كلية قطعية لأنها مما دل الدليل على اعتباره فهي حق قطعا، واشترطها الغزالي للقطع بالقول به لا لأصل القول به، قال:

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٦٢/١٥

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٤٦/٢٣

والظن القريب من القطع كالقطع.." اهـ من جمع الجوامع.وتراه زعم أن مسألة الترس ليست من المرسل لشهادة الشرع لها واعترضها أيضا عليه الأبياري من المالكية وهو من شيوخ ابن الحاجب بأن قال: "ما قاله يعني الغزالي في المسألة المذكورة غير صحيح ولم يبد دليلا على ما ادعاه بل اقتصر على **مجرد الدعوى**، واعتباره القيود الثلاثة وهي كونها ضرورية قطعية كلية أمر لا يتصور ولا وقوع له في الشريعة أصلا.." اهـ منه بواسطة نقل ابن حلولو في الضياء اللامع.ثم قال الغزالي في المستصفى: "فإن قيل فتوظيف الخراج من المصالح فهل إليه سبيل أو لا، قلنا لا سبيل إليه مع كثرة الأموال في أيدي الجنود، أما إذا دخلت الأيدي من الأموال ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة من أهل الفرقة في بلاد الإسلام فيجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، ثم إن رأى في طريق التوزيع التخصيص بالأراضي فلا حرج، لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين، وما يؤديه كل واحد منهم قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت خطة الإسلام عن ذي شوكة يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور وكان هذا لا يخلو عن شهادة أصول معينة، فإن لولي الطفل، عمارة القنوات وإخراج أجرة الفصاد وثمن الأدوية، وكل ذلك تنجيز خسران لتوقع ما هو أكثر منه، وهذا أيضا يؤيد مسلك الترجيح في مسألة الترس، لكن هذا تصرف في." (١)

"ص – ١١ –...الميدان؛ سوى **مجرد الدعوى**، وتمكن الهوى، وترك أمر الدين فوضى بلا رقيب.فترى فريقا ممن يستحق وصف الأمية في الشريعة يأخذ ببعض جزئياتها يهدم به كلياتها، حتى يصير منها إلى ما ظهر له ببادئ الرأي من غير إحاطة بمقاصد الشارع لتكون ميزانا في يده لهذه الأدلة الجزئية، وفريقا آخر يأخذ الأدلة الجزئية مأخذ الاستظهار على غرضه في النازلة العارضة؛ فيحكم الهوى على الأدلة حتى تكون الأدلة تبعا لغرضه، من غير إحاطة بمقاصد الشريعة ولا رجوع إليها رجوع الافتقار، ولا تسليم لما روي عن ثقات السلف في فهمها، ولا بصيرة في وسائل الاستنباط منها، وما ذلك إلا بسبب الأهواء المتمكنة من النفوس، الحاملة على ترك الاهتداء بالدليل، واطراح النصفة وعدم الاعتراف بالعجز، مضافا ذلك كله إلى الجهل بمقاصد الشريعة والغرور بتوهم بلوغ درجة الاجتهاد١، وإنها لمخاطرة في اقتحام المهالك، أعاذنا الله.ونعود إلى الموضوع؛ فنقول: إن صاحب "الموافقات" لم يذكر في كتابه مبحثا واحدا من المباحث

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٧/٣٢

المدونة في كتب الأصول؛ إلا إشارة في بعض الأحيان لينتقل منها إلى تأصيل قاعدة، أو تفريع أصل، ثم هو مع ذلك لم يغض من فضل المباحث الأصولية، بل تراه يقول في كثير من مباحثه: إذا أضيف هذا إلى ما تقرر في الأصول أمكن الوصول إلى المقصود.ـــــــــــ١ نجد محمد رشيد رضا في تفسيره "المنار" "٧/ ١٩٧-١٩٨" ينظر نظرة أخرى لهذا الموقف السلبي من "المقاصد"، ويعتذر لهم بأنهم كانوا خائفين على الشريعة من الهدم، ويذكر أنهم "فروا من تقرير هذا الأصل تقريرا صريحا -مع اعتبارهم كلهم له- خوفا من اتخاذ أئمة الجور إياه حجة لاتباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس ودمائهم؛ فرأوا أن يتقوا ذلك بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص ولو بضرب من الأقيسة الخفية؛ فجعلوا مسألة المصالح المرسلة من أدق مسائل العلة في القياس".." (١)

"ص -١٠١-...المسألة التاسعة: كل ما كان من حقوق الله؛ فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه؛ فله فيه الخيرة.أما حقوق الله تعالى؛ فالدلائل على أنها غير ساقطة ولا ترجع لاختيار المكلف كثيرة، وأعلاها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها؛ كالطهارة على أنواعها، والصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي أعلاه الجهاد١، وما يتعلق بذلك من الكفارات والمعاملات، والأكل والشرب واللباس، وغير ذلك من العبادات والعادات التي ثبت فيها حق الله تعالى أو٢ حق الغير من العباد، وكذلك الجنايات كلها على هذا الوزان، جميعها لا يصح إسقاط حق الله فيها ألبتة، فلو طمع أحد في أن يسقط طهارة للصلاة أي طهارة كانت، أو صلاة من الصلوات المفروضات، أو زكاة أو صوما أو حجا أو غير ذلك؛ لم يكن له ذلك، وبقي مطلوبا بها أبدا حتى يتقصى عن عهدتها وكذلك لو حاول استحلال مأكول حي مثلا من غير٣ ذكاة، أو إباحة ما حرم الشارع من ذلك، أو استحلال نكاح بغير ولي أو صداق، أو الربا، أو سائر البيوع الفاسدة، أو إسقاط حد الزنى أو الخمر أو الحرابة، أو الأخذ بالغرم والأداء على الغير **بمجرد الدعوى** عليه وأشباه ذلك؛ لم يصح شيء منه، وهو ظاهر جدا في مجموع الشريعة؛ حتى إذا كان الحكم دائرا بين حق الله وحق العبد؛ لم يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله.ـــــــــــ١ لأنه نهي عن المنكر، بل عن أنكر المنكرات،

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٢/٣٣

وتغيير له باليد؛ فإن الجهاد شرع لتكون كلمة الله هي العليا، فمن وقف في طريق ذلك؛ حق على المسلمين حربه حتى يذعن ويترك العناد. "د".٢ في الأصل: "وحق".٣ في "ط": "مثلا بغير".." (١)

"ص -٢١٩-...وأما دليلنا قال الأصحاب وربما نسبوا إلى الشافعى أن الجملة التى عطف بعضها على بعض بواو العطف تجرى مجرى الجملة الواحدة لأن واو العطف فى الأسماء المختلفة يقوم مقام واو الجمع فى الأسماء المتماثلة ولا فرق عند أهل اللغة بين قولهم أكرم العرب إلا الطوال منهم وبين قولهم أكرم مضر وربيعة وقحطان إلا الطوال منهم وكذلك لا فرق عندهم بين قوله اضرب بنى ربيعة وتميما إلا الطوال وبين قولهم بنو تميم وربيعة اضربوهم إلا الطوال منهم وإذا صار الجميع كالجملة الواحدة انصرف الاستثناء إلى الكل.قالوا: على هذا أن واو العطف تجرى مجرى واو الجمع فى اشتراك الاسمين فى الحكم مثل قول القائل اضرب فلانا وفلانا أو أكرم فلانا وفلانا.أما من أين قلتم أنه يجرى مجرى واو الجمع فى انصراف الاستثناء إليها هذا **مجرد الدعوى** ثم نقضوا ذلك بالجملتين المتباينتين وهو قوله أكرم ربيعة واضرب بنى تميم إلا الطوال وإنما ينصرف الاستثناء إلى بنى تميم خاصة ثم قالوا: فى قوله ربيعة وبنو تميم اضربوهم إلا الطوال منهم إنما انصرف الاستثناء إليها لأن الاستثناء ينفصل بقوله اضربوهم وفيه اسم الفريقين فينصرف الاستثناء إليهما.وأما إذا قال اضرب بنى تميم وربيعة إلا الطوال فلم يتصل الاستثناء باسم فيشمل الفريقين وقالوا: أيضا أن الواو قد تكون للعطف وقد تكون للنظم على ما بينا.ومعلوم أنه إذا قال الرجل أكرموا من يزورنا وقد حبست على أقاربى دارى هذه واشتريت عقارى الذى تعرفونه من بيت فلان وإذا مت فأعتقوا عبيدى إلا الفاسق منهم فإن الواو فى هذه المواضع يفيد أن يكون للعطف وجعل الجملة بمنزلة الجملة الواحدة فدل أنها للنظم.وقوله إلا الفاسق ينصرف إلى ما يليه.." (٢)

"ص -٩٦-...يتوصل إليها بالآراء والأمارات. قلنا: ولم هذا؟ لأن الأمارات التي تستند إلى النصوص لنستدرك بها المصالح لأنها بمنزلة النصوص ومن قال لا التي يستدرك بقول ليس بيدك إلا **مجرد الدعوى** ويقال لهم أيضا إن المصالح تستدرك بالنصوص لكن منها ما يستدرك بنص ظاهر جلى وبعضها يستدرك بنص خفى فيفتقر إلى الاستدلال حتى يعلم المراد به والقياس من هذا القبيل وهذا لما قلنا: إن الأقيسة لما استندت إلى النصوص صارت بمنزلة النصوص.فأما قولهم: إن الجلى من أحكام الشرعية لا يعرف إلا بنص

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٣٩/٣٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٩٣/٤٩

فكذلك الخفى منها. قلنا: ولم ينبغى أن يكون كذلك أليس ما عدا الشرعيات يعلم حكمه بالإدراك والضرورة؟ ويعلم خفيه بالاستدلال دون الإدراك وجلى الشرعيات يعلم بالنصوص الظاهرة وخفيها يعلم بنص خفى وكثير الزعفران الواقع في الماء يعلم بالإدراك وخفيه يعلم بخبر من شاهد وقوعه فيه. فإن قالوا: إن ذلك يستند إلى المشاهدة. قلنا وكذلك أحكام الفروع استندت إلى الأحكام الثابته بالنصوص.جواب آخر: إن جميع الشرعيات [تعلم]١ عندنا بالنص ولكن بعضها يعلم بظاهر وبعضها يعلم بالاستدلال بالنص وما علم بالقياس هو مثل ما علم بطريق الاستدلال.وأما قولهم: إن هذه العلل توجد وهى غير موجبة وهى قبل الشرع فلو كانت موجبة لم ينقل عن موجبها كالعلل العقلية.قلنا: العلل العقلية موجبة لأعيانها وكانت لازمة لمعلولها والعلل الشرعية موجبة بالشرع فصارت طائرة على معلولها فلهذا افترقا وهذا لأن الشرائع مصالح ويجوز أن يكون الشئ مصلحة في زمان دون زمان ولهذا اختلف شرائع الأنبياء وصح نسخها فيجوز أن لا تكون هذه العلة موجبة قبل الشرع لأنه لا يكون مصلحة قبل الشرع وأما بعد الشرع تكون موجبة لأنها مصلحة بعد الشرع هذا جواب المتكلمين والأولى أن نقول إنا قد بينا أن العقل بعينه لا يوجب شيئا فلا يتصور هذا السؤال على هذا القول وإن تمسكوا بالحسيات.." (١)

"ص -٣٢٠-...الحكم في الفرع بذلك المعنى قطعى.وأما قولهم: لو كان على الصواب من الحق دليل من قبل الله تعالى لنقض الحكم ما عداه ولم يسع الفتوى.قلنا: ليس يجب هذا وليس مع الخصم إلا **مجرد الدعوى**.ببينة: أن كثيرا من المجتهدين يستدل بالقرآن في مواضع وبالنصوص في مواضع ولا شك أنه الدليل ما عداه ومع ذلك لا يفسق تارك ذلك لأن كل واحد من المجتهدين يرجع إلى دليل عنده ويصير إلى تأويل لما يتعلق به من مخالفة لذلك في الأقيسة لما كان كل واحد من القائسين يصير إلى تأثير عند نفسه وهو في الأصل الذى يسنبط منه ظنى لم يفسق من يخالف ولم ينقض الحكم الصادر مما يخالفه وساغ الفتوى والحكم به لمن يظن أنه الحق.وأما قولهم: إن القول بتخطئة بعض المجتهدين وتصويب البعض يؤدى إلى اقسام كلها فاسدة.قلنا: لا يؤدى لأنا بينا أن على الحق دليلا منصوبا من قبل الله تعالى لكن إنما يوصل إليه بطريق ظنى فما يعود إلى معرفة علة الأصل في الظنيات ميل عظيم وكل واحد يظن غير ما يظن صاحبه وليس يستقر على شئ واحد فالشرع سامح في ذلك ولم يؤاخذنا بخطأ. بل أصاب بقصد طلب الحق وبذل الجهد منه عند نفسه وغفر له ماأخطأه وجعله من المعفو عنهم وأما في الأصول

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٨٤/٥١

الدينية فلما كان الوصول إليها بالدلائل القطعية من كل وجه شدد الله تعالى في ذلك ولم يعذر بالخطأ وفسق بالخلاف تارة وكفر أخرى وعفى مرة ولم يعف أخرى فهذا هو الفرق بين مسائل الأصول بين مسائل الفروع وهو أيضا يبين وجه قولنا: إنه مع خطأه الصواب عند الله عز وجل مغفور له.وأما قولهم: إنما قلتم يؤدى إلى تكليفه ما ليس في الوسع.قلنا: ليس كذلك لأنا أمرناه بطلب الحق وقد يجوز أن يصيبه في الجملة وإذا لم يصب لا يكون عليه مؤاخذة ولا تبعة فأين قولهم: إنه تكليف لما لا يكون في وسعه.وأما تعلقهم بفصل القبلة.." (١)

"ص -٢٠- ... البعض بفحوى الخطاب. وأما المباحث التي يذكرها أهل الأصول في مقاصده كما فعلوه في مقصد الكتاب ومقصد السنة والإجماع. فما كان من تلك المباحث الكلية مستفادا من أدلة الشرع فهو أصولي شرعي، وما كان مستفادا من مباحث اللغة فهو أصولي لغوي. وما كان مستفادا من غير هذين فهو من علم الرأي الذين كررنا عليك التحذير منه. ومن المقاصد المذكورة في الكتب الأصولية التي هي من محض الرأي الاستحسان والاستصحاب والتلازم.وأما المباحث المتعلقة بالاجتهاد والتقليد وشرع من قبلنا والكلام على أقوال الصحابة، فهي شرعية فما انتهض عليه دليل الشرع منها فهو حق. وما خالفه فباطل.وأما المباحث المتعلقة بالترجيح، فإن كان المرجح مستفادا من الشرع فهو شرعي. وإن كان مستفادا من علم من العلوم المدونة فالاعتبار بذلك العلم فإن كان له مدخل في الترجيح كعلم اللغة فإنه مقبول وإن كان لا مدخل له إلا **لمجرد الدعوى** كعلم الرأي فإنه مردود. انتهى.." (٢)

"١٠١ ... بالعدد الذي شرط كل واحد من ذلك العدد عن مثل ذلك العدد كله وهكذا متزايدا حتى يبلغ إلى تحقيق ذلك الخبر م ن دينه أو دنياه فحصل من كل قول منها بطلان كل خبر جملة ولا نحاشي شيئا لأنه وإن سمع هو بعض الأخبار من العدد الذي شرط فلا بد أن يبطل تلك المرتبة فيما فوق ذلك وكل قول أدى إلى الباطل فهو باطل بلا شك وبالله تعالى التوفيق فلم يبق إلا قول من قال بالتواتر ولم يحد عددا قال علي ونقول ههنا إن شاء الله تعالى قولا باختصار فنقول وبالله تعالى التوفيق لكل من حد في عدد نقلة خبر التواتر حدا لا يكون أقل منه يوجب تيقن صدقه ضرورة من سبعين أو عشرين أو عدد لا نحصيهم وإن كان في ذاته محصي ذا عدد محدود أو أهل المشرق والمغرب ولا سبيل إلى لقائه ولا لقاء

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٠٨/٥٢

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٨/٥٦

أحد لهم كلهم ولا بد له من الاقتصار على بعضهم دون بعض بالضرورة ولا بد من أن يكون لذلك التواتر الذي يدعونه في ذاته عدد إن نقص منه واحد لم يكن متواترا وإلا فقد ادعوا ما لا يعرف أبدا ولا يعقل فإذن لا بد من تحديد عدد ضرورة فنقول لهم ما تقولون إن سقط من هذا الحد الذي حددتم واحد أيبطل سقوط ذلك الواحد قبول ذلك الخبر أم لا يبطله فإن قال يبطله تحكم بلا برهان وكل قول **بمجرد الدعوى** بلا برهان فهو مطروح ساقط فإن قال بقبوله أسقطنا له آخر ثم آخر حتى يبلغ إلى واحد فقط وإن حد عددا سئل عن الدليل على ذلك فلا سبيل له إليه البتة وأيضا فإنه ما في القول فرق بين ما نقله عشرون وبين ما نقله تسعة عشر ولا بين ما نقله سبعون ولا ما نقله تسعة وستون وليس ذكر هذه الأعداد في القرآن وفي القسامة وفي بعض الأحوال وفي بعض الأخبار بموجب ألا يقبل أقل منها في الأخبار وقد ذكر تعالى في القرآن أعدادا غير هذه فذكر تعالى الواحد والاثنين والثلاثة والأربعة والمائة ألف وغير ذلك ولا فرق بين ما تعلق بعدد منها وبين ما تعلق بعدد آخر منها ولم يأت من هذه الأعداد في القرآن شيء في باب قبول الأخبار ولا في." (١)

"بمتابعة الإمام بالرأي ، وقد كان الحكم للمسبوق أن يبدأ بقضاء ما سبق به ، ثم يتابع الإمام وكان هذا عملا بالرأي في موضع النص وفي نظائرها كثرة وكذلك عملوا بالرأي فيما لا يعرف بالرأي من المقادير نحو حد الشرب كما قال علي رضي الله عنه ثبت بآرائنا فيثبت أنهم كانوا مخصوصين بالعمل بالرأي فقال الشيخ رحمه الله من ادعى خصوصهم أي تفردهم بجواز العمل بالرأي فقد ادعى أمرا لا دليل عليه لأن النص الموجب للاعتبار يعم الجميع ولا دليل على أن المراد منه الصحابة خاصة دون غيرهم فكان ادعاء كونهم مخصوصين بالعمل به دعوى بلا دليل قال شمس الأئمة رحمه الله : ومن لا يرى إثبات شيء بالقياس مع أنه حجة كيف يرى إثبات أمر **بمجرد الدعوى** من غير دليل ، وأما دعوى الخصوص بناء على مشاهدة أحوال الوحي ومعرفة المراد بقرائن الأحوال ففاسدة ؛ لأنها تخالف الإجماع ؛ فإن أحدا لم يفرق بين الصحابة وغيرهم .وكذا دعواهم ذلك بطريق الكرامة أن الكرامة إنما تثبت بطاعة الله ورسوله وتعظيم النص بترك الرأي في مقابلته لا بإظهار المخالفة لأمر الله ورسوله بالرأي وإنما عملوا بخلاف النص في بعض الحوادث لفهمهم بقرائن الأحوال أو غيرها أن ذلك ترخص ، وأن التمسك بالعزيمة أولى ، ففي

---

(١) وجوب تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم في كل شيء من أحوالنا، ٣/٢٩٧

حديث الإمامة على الصديق رضي الله عنه أن إشارة النبي عليه السلام بأن يثبت مكانه كانت على سبيل الترخص والإكرام له فحمد الله تعالى على ذلك ، ثم تأخر تمسكا بالعزيمة الثابتة." [١]

"ص -١١-...الميدان؛ سوى **مجرد الدعوى**، وتمكن الهوى، وترك أمر الدين فوضى بلا رقيب.فترى فريقا ممن يستحق وصف الأمية في الشريعة يأخذ ببعض جزئياتها يهدم به كلياتها، حتى يصير منها إلى ما ظهر له ببادئ الرأي من غير إحاطة بمقاصد الشارع لتكون ميزانا في يده لهذه الأدلة الجزئية، وفريقا آخر يأخذ الأدلة الجزئية مأخذ الاستظهار على غرضه في النازلة العارضة؛ فيحكم الهوى على الأدلة حتى تكون الأدلة تبعا لغرضه، من غير إحاطة بمقاصد الشريعة ولا رجوع إليها رجوع الافتقار، ولا تسليم لما روي عن ثقات السلف في فهمها، ولا بصيرة في وسائل الاستنباط منها، وما ذلك إلا بسبب الأهواء المتمكنة من النفوس، الحاملة على ترك الاهتداء بالدليل، واطراح النصفة وعدم الاعتراف بالعجز، مضافا ذلك كله إلى الجهل بمقاصد الشريعة والغرور بتوهم بلوغ درجة الاجتهاد١، وإنها لمخاطرة في اقتحام المهالك، أعاذنا الله.ونعود إلى الموضوع؛ فنقول: إن صاحب "الموافقات" لم يذكر في كتابه مبحثا واحدا من المباحث المدونة في كتب الأصول؛ إلا إشارة في بعض الأحيان لينتقل منها إلى تأصيل قاعدة، أو تفريع أصل، ثم هو مع ذلك لم يغض من فضل المباحث الأصولية، بل تراه يقول في كثير من مباحثه: إذا أضيف هذا إلى ما تقرر في الأصول أمكن الوصول إلى المقصود.________١ نجد محمد رشيد رضا في تفسيره "المنار" "٧/ ١٩٧-١٩٨" ينظر نظرة أخرى لهذا الموقف السلبي من "المقاصد"، ويعتذر لهم بأنهم كانوا خائفين على الشريعة من الهدم، ويذكر أنهم "فروا من تقرير هذا الأصل تقريرا صريحا -مع اعتبارهم كلهم له- خوفا من اتخاذ أئمة الجور إياه حجة لاتباع أهوائهم، وإرضاء استبدادهم في أموال الناس ودمائهم؛ فرأوا أن يتقوا ذلك بإرجاع جميع الأحكام إلى النصوص ولو بضرب من الأقيسة الخفية؛ فجعلوا مسألة المصالح المرسلة من أدق مسائل العلة في القياس".." [٢]

"ص -١٠١-...المسألة التاسعة:

كل ما كان من حقوق الله؛ فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه؛ فله فيه الخيرة.

---

(١) كشف الأسرار، ٦/٢٦٩

(٢) الموافقات. ط ابن عفان - مشهور حسن، ١/١٢

أما حقوق الله تعالى؛ فالدلائل على أنها غير ساقطة ولا ترجع لاختيار المكلف كثيرة، وأعلاها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها؛ كالطهارة على أنواعها، والصلاة، والزكاة، والصيام، والحج، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي أعلاه الجهاد١، وما يتعلق بذلك من الكفارات والمعاملات، والأكل والشرب واللباس، وغير ذلك من العبادات والعادات التي ثبت فيها حق الله تعالى أو٢ حق الغير من العباد، وكذلك الجنايات كلها على هذا الوزان، جميعها لا يصح إسقاط حق الله فيها ألبتة، فلو طمع أحد في أن يسقط طهارة للصلاة أي طهارة كانت، أو صلاة من الصلوات المفروضات، أو زكاة أو صوما أو حجا أو غير ذلك؛ لم يكن له ذلك، وبقي مطلوبا بها أبدا حتى يتقصى عن عهدتها وكذلك لو حاول استحلال مأكول حي مثلا من غير٣ ذكاة، أو إباحة ما حرم الشارع من ذلك، أو استحلال نكاح بغير ولي أو صداق، أو الربا، أو سائر البيوع الفاسدة، أو إسقاط حد الزنى أو الخمر أو الحرابة، أو الأخذ بالغرم والأداء على الغير **بمجرد الدعوى** عليه وأشباه ذلك؛ لم يصح شيء منه، وهو ظاهر جدا في مجموع الشريعة؛ حتى إذا كان الحكم دائرا بين حق الله وحق العبد؛ لم يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله.

---

١ لأنه نهى عن المنكر، بل عن أنكر المنكرات، وتغيير له باليد؛ فإن الجهاد شرع لتكون كلمة الله هي العليا، فمن وقف في طريق ذلك؛ حق على المسلمين حربه حتى يذعن ويترك العناد. "د".

٢ في الأصل: "وحق".

٣ في "ط": "مثلا بغير".." (١)

"فإذن لا بد من تحديد عدد ضرورة فنقول لهم ما تقولون إن سقط من هذا الحد الذي حددتم واحد أيبطل سقوط ذلك الواحد قبول ذلك الخبر أم لا يبطله فإن قال يبطله تحكم بلا برهان وكل قول **بمجرد الدعوى** بلا برهان فهو مطروح ساقط فإن قال بقبوله أسقطنا له آخر ثم آخر حتى يبلغ إلى واحد فقط وإن حد عددا سئل عن الدليل على ذلك فلا سبيل له إليه البتة وأيضا فإنه ما في القول فرق بين ما نقله عشرون وبين ما نقله تسعة عشر ولا بين ما نقله سبعون ولا ما نقله تسعة وستون وليس ذكر هذه الأعداد في القرآن وفي القسامة وفي بعض الأحوال وفي بعض الأخبار بموجب ألا يقبل أقل منها في الأخبار وقد ذكر تعالى في القرآن أعدادا غير هذه فذكر تعالى الواحد والاثنين والثلاثة والأربعة والمائة ألف وغير ذلك ولا فرق بين

---

(١) الموافقات. ط ابن عفان – مشهور حسن، ٦/١٣٩

ما تعلق بعدد منها وبين ما تعلق بعدد آخر منها ولم يأت من هذه الأعداد في القرآن شيء في باب قبول الأخبار وإ فيقيام حجة بهم فصارف ذكرها إلى ما لم يقصد بها مجرم وقاح محرف للكلم عن مواضعه وإن قال لا يبطل قبول الخبر بسقوط واحد من العدد الذي حد كان قد ترك مذهبه الفاسد ثم سألناه عنإسقاط آخر أيضا مما بقي من ذلك العدد وهكذا حتى يبعد عما حد بعدا شديدا فإن نظروا هذا بما يمكن حده من الأشياء كانوا مدعين بلا دليل ومشبهين بلا برهان وحكم كل شيء يجعله المرء دينا له أن ينظر في حدوده ويطلبها إلا ما أصبح إجماع أو نص أو أوجبت طبيعة ترك طلب حده وقد قال بعضهم لا يقبل من الأخبار إلا ما نقلته جماعة لا يحصرها العدد قال أبو محمد وهذا قول من غمره الجهل لأنه ليس هذا موجدا في العالم أصلا وكل ما فيه فقد حصره العدد وإن لم نعلمه نحن وإحصاؤه ممكن لمن تكلف ذلك فعلى هذا القول الفاسد قد سقط قبول جميع الأخبار جملة وسقط كون النبي صلى الله عليه وسلم في العالم وهذا كفر وأيضا فيلزم هؤلاء." (١)

"والجواب هو أن هذا **مجرد الدعوى** فلا يقبل من غير دليلقالوا ولأن من شرط العلة أن يشترك فيها الأصل والفرع والاشتراك في النفي لا يصحقلنا لا نسلم فإن الاشتراك يصح في النفي كما يصح في الإثبات على أن النفي يتضمن الإثبات والاشتراك فيه فصحح." (٢)

"أرباب اللغات نقلوا ما ذكرتموه نقل تواتر وإطباق، [أو تزعموا] أنه نقل آحاد، فإن ادعيتم نقلا عن سبيل الاتفاق والإطباق أحلتم بما قلتم وانتسبتم إلى **مجرد الدعوى**. والذي يوضح ذلك أن الواقفين والحاملين الأمر على الندب والحاملين على الإباحة لو جمعت فرقهم لأربوا في أعدادهم على القائلين بالوجوب فما لهذا النقل المطبق عليه اختص بكم وذهل عنه مخالفكم، فلا يستتب نقل ما ادعوه عن اللغة. وإن هم زعموا أن ذلك نقل آحاد فالكلام عليهم من وجهين: أحدهما: أن نقول لم يصح أيضا عندنا على سبيل الآحاد عن أحد ممن يوثق به من أئمة اللغات أن الصيغة التي فيها تنازعنا عند تجردها عن القرائن تقتضي الإيجاب، فهذا مما لا يؤثر عن أحد من أرباب اللغات. ولم يسطر ذلك مع إرادته مصنفاتهم. فقد

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ابن حزم ١٠٦/١

(٢) التبصرة في أصول الفقه الشيرازي، أبو إسحاق ص/٤٥٧

بطل ما ادعوه على سبيل النقل إجماعا وآحادا على أنا نقول: اللغات لا تثبت آحادا وقد أومأنا إلى ذلك في باب مأخذ." (١)

"عنده من ملكه ما يسد به رمقه فيجب عليه الأكل، فلو أكل من ملك غيره فقد أقدم على نفس المعصية، وسقط عنه الفرض في وجوب الأكل. فإن عادوا في استبعاد سقوط الواجب بالمحرم عدنا لهم وبينا اقتصارهم على **مجرد الدعوى**.[٥٣٢] فإن قالوا: فالأصل بقاء الأمر على اقتضاء الامتثال ولا يسقط امتثاله وجوبا من غير إقدام على المأمور به ومن غير دلالة قائمة على سقوط الوجوب عند ثبوت ما هو محرم.قلنا: الآن إن نطقتم بالحق فإنا نقول: إذا ورد الأمر مقتضيا للإيجاب فلا يتقرر سقوط الوجوب من غير إقدام على المأمور به إلا بدلالة تقوم دالة على سقوط الوجوب من غير إقدام، فما الدليل على السقوط؟قلنا: قد تبين عجزكم عن إقامة الدلالة واتضح جواز ذلك ثم نوضح ما به اعتصامنا من الدليل في المسئلة إن شاء الله تعالى.[٥٣٣] ثم اعلم أن معظم الفقهاء حادوا عن سنن التحقيق في التقصي عن شبه القوم فسلك كل فريق منهم طريقا، ونحن ننبئك عن طرقهم ونذكر وجه الدخل فيها إن شاء الله، فمما عول فيه بعض الفقهاء في التقصي عما قدمناه أن قال: الصلاة في الدار المغصوبة طاعة مأمور بها مفترضة لا يوصف بأنها محرمة فإنما المحرم الغصب، والغصب غير الصلاة، فقيل له: فالقعود في الدار المغصوبة على حكم التعدي غصب وقعود." (٢)

"[١٢٥٢] ثم قال القاضي رضي الله عنه: وإن لم يكن من تقدير شرط بد دفعها للسؤال فالأولى أن نقول: كان الرب تعالى قال: افعل الفعل الفلاني تقربا منك إلي ما دام الأمر متصلا بك، فإذا نهيتك عنه فلا تفعله تقربا إلي ولا تقربا إلى غيري، ليتبين للعبد أنه [عند] النهي منهي عن قصد التقرب بما أمر به أولا إلى الله، وهو منهي عن اصل فعله أيضا من غير قصد التقرب فهذا وجه تفصيل المذاهب.[١٢٦٥] والدليل على ما صرنا إليه ما قدمناه في اصل النسخ [من [١٣٨ / ب] نفي] طرق الاستحالة وتبيين ثبوت الجوازعند انتفاء الأسئلة / على ما سبق طرد الدلالة.[١٢٦٤] فإن قالوا: بم تنكرون على من يزعم أن في تقدير النسخ على الوجه الذي قلتموه أعظم الاستحالة وذلك انه إذا أمر بامر ثم نهى عنه قبل تصور التمكن من فعله وقبل تصورعين فعله، وهو مفضي إلى عين البداء، فكأنه أوجب شيئا فبدا له فرفع وجوبه تعالى الله عن كل

(١) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٢٤٩/١

(٢) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٤٩٠/١

نقض وهذا مما يعظمون الظنة فيه، وينسبونه لأجله إلى تجويز البداء على الله. قلنا: هذا الذي ذكرتموه اقتصار منكم على **مجرد الدعوى**، وقد أوضحنا اندفاع القول بالبداء وها نحن نريده إيضاحا، فنقول: البداء إما أن يرجع إلى استدراك علم، أو إلى تبدل إرادة، فأما تجدد العلم فاستدراكه فإنما يلزم إن لو كان." [1]

"(شبهة أخرى لهم)١٦٠٦ – فإن قالوا: علة الأصل لا تثبت عند القائسين **بمجرد الدعوى**، ولا بد من إقامة الدلالة عليها، فما وجه نصب الأدلة عليها؟قلنا: هذا الآن تعرض منكم للكلام في تفصيل القياس مع إنكاركم لأصله وهذا ما لا سبيل إليه، فاعترفوا بالأصل وسائلونا بعده عن التفاصيل، وسنقرر الطرق التي تثبت العلل إن شاء الله تعالى.(شبهة أخرى لهم)١٦٠٧ – فإن قالوا: إذا علقتم الحكم بوصف من أوصاف الأصل وقدرتموه علة، فما قولكم فيه إذا استوى وصفان من أوصاف الأصل، فجوز المجتهد أن يكون كل واحد منهما علة، وكان المقصد " مختلفا " ولم يترجح أحدهما على الثاني فكيف يفعل المجتهد؟وكذلك الفرع الواحد إذا تجاذبه أصلان، واستوت أشباهه من كل واحد منهما فهذا يؤدي إلى إيجاب، من حيث يجتذبه أصل الإيجاب. وإلى إباحته من حيث يجتذبه أصل الإباحة. وذلك محال. فإذا كان القول بالقياس يفضي إلى هذا المحال فيجب سد بابه.والجواب عن هذا من وجهين.أحدهما: أن نقول: ذهب بعض القائسين إلى أن ما ذكرتموه لا يتصور. ومنها تجاذب الفرع الواحد أصلان، فلا بد أن يترجح أحدهما ولا يسوغ استواؤهما في حكم المجتهدين من كل وجه. فإذا سلكنا هذه الطريقة، فقد بطل ما قالوه.." [2]

"فمن عداها عن موردها، لم يكن متمسكا بموجب اللفظ، بل كان معتصما بضرب من الاعتبار والقياس.١٦٥٢ – فإن قال قائل: إذا قال رسول الله [صلى الله عليه وسلم] : رجمت ماعزا لانه زنا، فنعلم بمقتضى اللغة وموجب العربية أن لفظ رسول الله [صلى الله عليه وسلم] يقتضى أن يرجم كل زان.والذي يوضح ذلك في موجب الاطلاق، أن من قال لمن يخاطبه: لا تأكل هذه البقلة، فإنها سم. فنعلم أن ذلك يتضمن النهي عن تناول جملة السم وأن نص المخاطب على عين واحدة.فكذلك القول فيما فيه كلامنا.قلنا: هذا الذي ذكرتموه اقتصار منكم على **مجرد الدعوى**، فلسنا نسلم أن لفظ رسول الله [صلى الله عليه وسلم] في تعليل رجم ماعز لزناه يقتضي تعميم ذلك الحكم فيمن عداه. ولكن إذا خصص تعليله به، فيسوغ أن يحمل ذلك على أنه جعل الزنا في حقه علامة للحكم الذي جرى عليه تخصيصا.والأقيسة الشرعية

---

(١) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٢/٤٩٤

(٢) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٣/١٧٤

أمارات تنصب ولا يجب تعميمها، بل يسوغ نصبها في حق اقوام مخصوصين، ويسوغ نصبها عموما وشمولا فإذا كان الأمر على هذا الوجه في الأمارات من حيث الجواز العقلي، فيتقابل الجواز، ولا يبقى لنا إلا اتباع صيغة اللفظ.وأما ما تمثلها به من قول القائل لمن يخاطبه لا تأكل ذلك فإنه سم، فلا معتصم لهم فيه، وأول ما نذكره أن نقابله بمثله، فنقول: لو قال سيد." (١)

"قلنا: هذا الذي ذكرتموه تحكم وبناء على **مجرد الدعوى**، فلا نسلم لكم معنى الشذوذ فإن كل ما ثبت، فهو أصل في نفسه. وعدد الأصول لا يغير أحكام المغير على ما سنذكره في أحكام الترجيح. فعلى هذا لا يمتنع أن يكون القياس المستنبط من هذا الأصل أقوى من غيره. وشأن الناظر أن يعرض علته على " ما به " تمتحن العلل. فبطل ما قالوه جملة وتفصيلا.(٣١٠) فصل لا يجوز ترك الخبر الصحيح إذا ورد بخلاف قياس الأصول١٧٩٣ – في متعسفي أصحاب أبي حنيفة من ترك الخبر الصحيح، إذا ورد بخلاف قياس الأصول. ولذلك ردوا خبر المصراة والعرايا وهذا." (٢)

"﴿أو لامستم النساء﴾ فلعله كان عنده أن المراد المس بالي وأنه لا يجوز التيمم للجنب كما هو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ثم رأى أن بسبب العجز يسقط عنه فرض الطهارة في الوقت وأن أداء الصلاة في الوقت عزيمة فاشتغل بالأداء تعظيما لأمر الله وتمسكا بالعزيمةوكذلك حديث عمرو بن العاص فإنه رأى أن فرض الاغتسال ساقط عنه لما يلحقه من الحرج بسبب البرد أو لخوفه الهلاك على نفسه وقد ثبت بالنص أن التيمم مشروع لدفع الحرج فعرفنا أنه ليس في شيء من هذه الآثار معنى يوهم مخالفة النص من أحد منهم وأنهم في تعظيم رسول الله كما وصفهم الله بهوأما حد الشرب فإنما أثبتوه استدلالا بحد القذف على ما روي أن عبد الرحمن بن عوف قال لعمر يا أمير المؤمنين إذا شرب هذي وإذا هذي افترى وحد المفترين في كتاب الله ثمانون جلدةثم الحكم الثابت بالإجماع لا يكون محالا به على الرأي وقد بينا أن الإجماع يوجب علم اليقين والرأي لا يوجب ذلك ثم هذا دعوى الخصوصية من غير دليل ومن لا يرى إثبات شيء بالقياس فكيف يرى إثبات **مجرد الدعوى** من غير دليل والكتاب يشهد بخلاف ذلك فالناس في تكليف الاعتبار المذكور في قوله تعالى ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾ سواء وهم كانوا أحق بهذا الوصف وهذا أقوى ما نعتمده من الدليل المعقول في هذه المسألة فإنه لا فرق بين التأمل

(١) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٢١٦/٣

(٢) التلخيص في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٣١٨/٣

في إشارات النصف فيما أخبر الله به عن الذين لحقهم المثلات بسبب كفرهم كما قال تعالى ﴿هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب﴾ الآية لنعتبر بذلك وننزجر عن مثل ذلك السبب وبين التأمل في إشارات النص في حديث الربا ليعرف به أن المحرم هو الفضل الخالي عن العوض فثبت ذلك الحكم بعينه في كل محل يتحقق فيه الفضل الخالي عن العوض مشروطا في البيع كالأرز والسمسم والجص وما أشبه ذلك وقد قررنا هذا يوضحه أن التأمل في معنى النص الثابت بإشارة ثم التأمل في ذلك للوقوف على طريق الاستعارة حتى يجعل ذلك اللفظ مستعارا في محل آخر بطريقه جائز مستقيم من عمل الراسخين في العلم فكذلك التأمل في معاني النص لإثبات حكم النص في كل موضع علم أنه مثل المنصوص عليه وهذا لنوعين من الكلام أحدهما أن الله تعالى نص على أن القرآن تبيان لكل شيء بقوله تعالى ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا﴾ صاحب الشرع بمنزلة التأمل في معنى اللسان." (١)

"وأما دليلنا قال الأصحاب وربما نسبوا إلى الشافعى أن الجملة التى عطف بعضها على بعض بواو العطف تجرى مجرى الجملة الواحدة لأن واو العطف فى الأسماء المختلفة يقوم مقام واو الجمع فى الأسماء المتماثلة ولا فرق عند أهل اللغة بين قولهم أكرم العرب إلا الطوال منهم وبين قولهم أكرم مضر وربيعة وقحطان إلا الطوال منهم وكذلك لا فرق عندهم بين قوله اضرب بنى ربيعة وتميما إلا الطوال وبين قولهم بنو تميم وربيعة اضربوهم إلا الطوال منهم وإذا صار الجميع كالجملة الواحدة انصرف الاستثناء إلى الكل.قالوا: على هذا أن واو العطف تجرى مجرى واو الجمع فى اشتراك الاسمين فى الحكم مثل قول القائل اضرب فلانا وفلانا أو أكرم فلانا وفلانا.أما من أين قلتم أنه يجرى مجرى واو الجمع فى انصراف الاستثناء إليها هذا **مجرد الدعوى** ثم نقضوا ذلك بالجملتين المتباينتين وهو قوله أكرم ربيعة واضرب بنى تميم إلا الطوال وإنما ينصرف الاستثناء إلى بنى تميم خاصة ثم قالوا: فى قوله ربيعة وبنو تميم اضربوهم إلا الطوال منهم إنما انصرف الاستثناء إليها لأن الاستثناء ينفصل بقوله اضربوهم وفيه اسم الفريقين فينصرف الاستثناء إليهما.وأما إذا قال اضرب بنى تميم وربيعة إلا الطوال فلم يتصل الاستثناء باسم فيشمل الفريقين وقالوا: أيضا أن الواو قد تكون للعطف وقد تكون للنظم على ما بينا.ومعلوم أنه إذا قال الرجل أكرموا من يزورنا وقد حبست على أقاربى دارى هذه واشتريت عقارى الذى تعرفونه من بيت فلان وإذا مت فأعتقوا عبيدى إلا الفاسق منهم فإن الواو فى هذه المواضع يفيد أن يكون للعطف وجعل الجملة بمنزلة الجملة

(١) أصول السرخسي السرخسي ١٣٨/٢

الواحدة فدل أنها للنظم.وقوله إلا الفاسق ينصرف إلى ما يليه.الجواب أنا نقول أن الجمل المعطوف بعضها على بعض تصير بمنزلة الجملة الواحدة إذا لم تكن فى الآخر ما يدل على الإضراب عن الأول لأنه إذا لم يكن إضرابا عن الأول فالإتيان بحرف العطف بين الجملتين والتعقيب بالاستثناء الذى أصل رده إلى الكل يدل على أنه لم يتم غرضه من الكلام الأول.والدليل على أنه لم يضرب عن الأول بالثانى أنه فى الخطاب أضاف إلى الحكم الأول حكما آخر مبتنيا على السبب الأول وهذا فى آية القذف ظاهر.." (١)

"يتوصل إليها بالآراء والأمارات. قلنا: ولم هذا؟ لأن الأمارات التي تستند إلى النصوص لنستدرك بها المصالح لأنها بمنزلة النصوص ومن قال لا التي يستدرك بقول ليس بيدك إلا **مجرد الدعوى** ويقال لهم أيضا إن المصالح تستدرك بالنصوص لكن منها ما يستدرك بنص ظاهر جلى وبعضها يستدرك بنص خفى فيفتقر إلى الاستدلال حتى يعلم المراد به والقياس من هذا القبيل وهذا لما قلنا: إن الأقيسة لما استندت إلى النصوص صارت بمنزلة النصوص.فأما قولهم: إن الجلى من أحكام الشرعية لا يعرف إلا بنص فكذلك الخفى منها. قلنا: ولم ينبغى أن يكون كذلك أليس ما عدا الشرعيات يعلم حكمه بالإدراك والضرورة؟ ويعلم خفيه بالاستدلال دون الإدراك وجلى الشرعيات يعلم بالنصوص الظاهرة وخفيها يعلم بنص خفى وكثير الزعفران الواقع في الماء يعلم بالإدراك وخفيه يعلم بخبر من شاهد وقوعه فيه. فإن قالوا: إن ذلك يستند إلى المشاهدة. قلنا وكذلك أحكام الفروع استندت إلى الأحكام الثابته بالنصوص.جواب آخر: إن جميع الشرعيات [تعلم] ١ عندنا بالنص ولكن بعضها يعلم بظاهر وبعضها يعلم بالاستدلال بالنص وما علم بالقياس هو مثل ما علم بطريق الاستدلال.وأما قولهم: إن هذه العلل توجد وهى غير موجبة وهى قبل الشرع فلو كانت موجبة لم ينقل عن موجبها كالعلل العقلية.قلنا: العلل العقلية موجبة لأعيانها وكانت لازمة لمعلولها والعلل الشرعية موجبة بالشرع فصارت طائرة على معلولها فلهذا افترقا وهذا لأن الشرائع مصالح ويجوز أن يكون الشئ مصلحة في زمان دون زمان ولهذا اختلف شرائع الأنبياء وصح نسخها فيجوز أن لا تكون هذه العلة موجبة قبل الشرع لأنه لا يكون مصلحة قبل الشرع وأما بعد الشرع تكون موجبة لأنها مصلحة بعد الشرع هذا جواب المتكلمين والأولى أن نقول إنا قد بينا أن العقل بعينه لا يوجب شيئا فلا يتصور هذا السؤال على هذا القول وإن تمسكوا بالحسيات.قلنا: لم جمعتم بين الحسية والشرعية من غير جامع وأيضا فإن عنوان الحركة تحرك الجسم وذلك إنما وجب أن يكون الجسم معه متحركا لأن كون الجسم إذا تحرك

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ٢١٩/١

هو معنى كونه متحركا. فالقول: إن فيه حركة وليس بمتحرك مناقضة.______________١ ثبت في الأصل "يعلم".." (١)

"الحكم في الفرع بذلك المعنى قطعي.وأما قولهم: لو كان على الصواب من الحق دليل من قبل الله تعالى لنقض الحكم ما عداه ولم يسع الفتوى.قلنا: ليس يجب هذا وليس مع الخصم إلا **مجرد الدعوى**.ببينة: أن كثيرا من المجتهدين يستدل بالقرآن في مواضع وبالنصوص في مواضع ولا شك أنه الدليل ما عداه ومع ذلك لا يفسق تارك ذلك لأن كل واحد من المجتهدين يرجع إلى دليل عنده ويصير إلى تأويل لما يتعلق به من مخالفة لذلك في الأقيسة لما كان كل واحد من القائسين يصير إلى تأثير عند نفسه وهو في الأصل الذى يسنبط منه ظنى لم يفسق من يخالف ولم ينقض الحكم الصادر مما يخالفه وساغ الفتوى والحكم به لمن يظن أنه الحق.وأما قولهم: إن القول بتخطئة بعض المجتهدين وتصويب البعض يؤدى إلى اقسام كلها فاسدة.قلنا: لا يؤدى لأنا بينا أن على الحق دليلا منصوبا من قبل الله تعالى لكن إنما يوصل إليه بطريق ظنى فما يعود إلى معرفة علة الأصل في الظنيات ميل عظيم وكل واحد يظن غير ما يظن صاحبه وليس يستقر على شئ واحد فالشرع سامح في ذلك ولم يؤاخذنا بخطأ. بل أصاب بقصد طلب الحق وبذل الجهد منه عند نفسه وغفر له ماأخطأه وجعله من المعفو عنهم وأما في الأصول الدينية فلما كان الوصول إليها بالدلائل القطعية من كل وجه شدد الله تعالى في ذلك ولم يعذر بالخطأ وفسق بالخلاف تارة وكفر أخرى وعفى مرة ولم يعف أخرى فهذا هو الفرق بين مسائل الأصول بين مسائل الفروع وهو أيضا يبين وجه قولنا: إنه مع خطأه الصواب عند الله عز وجل مغفور له.وأما قولهم: إنما قلتم يؤدى إلى تكليفه ما ليس في الوسع.قلنا: ليس كذلك لأنا أمرناه بطلب الحق وقد يجوز أن يصيبه في الجملة وإذا لم يصب لا يكون عليه مؤاخذة ولا تبعة فأين قولهم: إنه تكليف لما لا يكون في وسعه.وأما تعلقهم بفصل القبلة.قلنا: نحن نقول: إنما يكون مصيبا إذا أصاب القبلة فأما إذا لم يصيب القبلة يكون مخطئا حقيقة ويلزمه إعادة الصلاة فإن قيل: إذا اجتهد أربعة أنفس في القبلة فأدى." (٢)

"وإذا اشترى جارية فولدت ولدين وأعتق أحدهما ثم ادعاه البائع فإنه يثبت نسبه منهما، ويبطل عتق المشتري.والفرق أن الولد ينفصل عن الأم من حرية الاستيلاد، بدليل المغرور فلم يكن ثبوت نسب الولد

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ٩٦/٢

(٢) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ٣٢٠/٢

شاهدا في بطلان عتق الأم، فلو أبطلنا لأبطلناه **بمجرد الدعوى** وهذا لا يجوز. وليس كذلك التوأمان، لأنه لا ينفصل عتق أحدهما عن الآخر بالاستيلاد لأن الحبل واحد، فصار ثبوت نسب إحداهما شاهدا في إبطال عتق الآخر، وإبطال العتق بالشهادة جائز كما لو اشترى عبدا فأعتقه ثم جاء مستحق واستحق بالبينة أبطل عتق المشتري، كذلك هذا.٦٠٨ – ثم يرد الولد بحصته من الثمن في الفصل الأول إذا أعتق الأمولو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد صدق، ويرد الثمن كله ويأخذ الولد. والفرق أن في عتق الأم سلم له بعض المعقود عليه، لأن الولاء ثبت من المشتري عليه والولاء من أحكام ذلك الملك، فإذا سلم له بعض المعقود عليه سلم له حصته من الثمن.." [١]

"لا تراد إلا لقطع الخصومة والدية هاهنا واجبة بعد اليمين فما وقت اليمين المال، ولا المال اليمين، يدل عليه أنه إذا حلف المدعى عليه، فلا يجوز أن يجب بيمينه شيء وتبقى **مجرد الدعوى** ولا يجب بها شيء، ومنقولهم فيه طعن، فقولهم: العاقلة التزموا الحفظ هذا باطل بل هو شيء ثبت نصا غير معلل، قولهم: يتم قبله حكما كيف يكون كذلك؟ والقاتل المباشر معين، ثم لو التزموا بالحفظ وصرحوا به ما لزمهم شيء شرعا فكيف يلزمهم بطريق الدلالة ولو كان الغرم يجب لأجل التناصر لوجب على سكان المحلة كما يجب على الملاك، فكيف يخص بالملاك.." [٢]

"والذي رأيت عليه فتاوى العلماء في العصر تحريمه وتنجيسه بناء على هذا إذا تقررت هذه المباحث فيكون سر الفرق بين ما ينشأ في باطن الحيوان من النجاسات وبين ما ورد عليه من النجاسات أن الذي نشأ فيه أصله الطهارة فاستصحبت والوارد قد قضى عليه بالنجاسة قبل أن يرد فكان الأصل فيه النجاسة فاستصحبت فاستصحاب الحال فيهما أوجب الحكمين المختلفينـــــــsوالذي رأيت عليه فتاوى العلماء في العصر تحريمه وتنجيسه بناء على هذا) قلت ما قاله من أن الروم لا يذكون قد حكى بعض الناس أن منهم من يذكي وعلى تقدير أنهم لا يذكون ليست الإنفحة متعينة لعقد الجبن فإنه قد يعقد بغيرها مما هو طاهر كبعض الأعشاب فإذا ثبت أن الروم لا يذكون وأن الطائفة الذين يكون الجبن المعين جبنهم لا يذكون وأنهم لا يعقدون بغير الإنفحة فلا شك أن القول ما ارتضاه وحكاه وإذا لم يثبت شيء من ذلك ووقع الاحتمال فهو موضع خلاف العلماء والأقوى نقلا ونظرا الجواز وعدم التنجيس والله أعلم. قال (إذا تقررت

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٧٤/٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤٥١/٤

هذه المباحث فيكون سر الفرق بين ما ينشأ في باطن الحيوان من النجاسات وبين ما ورد عليه من النجاسات أن الذي نشأ فيه أصله الطهارة فاستصحبت والوارد قد قضى عليه بالنجاسة قبل أن يرد فكان الأصل فيه النجاسة فاستصحبت فاستصحاب الحال فيهما أوجب الحكمين المختلفين) قلت لا شك أن عين ما في الباطن هو عين ما في الخارج من العذرة والبول وغيرهما فإذا حكم لما في الباطن من ذلك بالطهارة فيلزم أن يحكم لما في الخارج بالطهارة لأنه عين ما كان في الباطن ولما لم يحكم لما في الخارج بالطهارة إجماعا دل ذلك على أنه لم يحكم لما في الباطن بالطهارة لأن أصله الطهارة بل لأمر آخر هذا إن سلم أن حكم ما في الباطن الطهارة لكنه لقائل أن يقول ليس ما في الباطن من ذلك بطاهر بل هو نجس لكنه عفي عنه لتعذر الوصول إلى إزالته وإذا كان ما على المخرج معفوا عنه مع إمكان الإزالة دفعا لمشقة الإزالة مع إمكانها فأحرى أن يعفى عما تعذرت فيه الإزالة والداعي إلى هذا الكلام واختياره دون ما اختاره أن عين ما في الخارج هو عين ما في الباطن مع أنه يحتمل أن يقال بطهارته في الباطن دون الظاهر وبالجملة فكلامه ليس بالقوي ولا الظاهر والله أعلم.ـــــــ لما وجدوا طريقه في الاجتهاد والقياس أسد الطرق ولم يكن لهم بد من الاجتهاد سلكوا طريقه فطلبوا معرفة الأحكام بطريق الشافعي وذكر أبو علي السنجي نحو هذا فقال اتبعنا الشافعي دون غيره لأنا وجدنا قوله أرجح الأقوال وأعدلها لا أنا قلدناهقال النووي.هذا الذي ذكره موافق لما أمرهم به الشافعي ثم المزني في أول مختصره وغيره بقوله مع إعلامه بنهيه عن تقليد غيره قال ثم فتوى المفتي في هذا النوع كفتوى المستقل في العمل بها والاعتداد بها في الإجماع و الخلاف اهـ كلام النووي قال السيوطي فالمطلق أعم مطلقا من المستقل فكل مستقل مطلق وليس كل مطلق مستقلا والذي ادعيناه هو الاجتهاد المطلق لا الاستقلال بل نحن تابعون للإمام الشافعي - رضي الله عنه - وسالكون طريقه في الاجتهاد امتثالا لأمره ومعدودون من أصحابه وكيف يظن أن اجتهادنا مقيد والمجتهد المقيد إنما ينقص عن المطلق بإخلاله بالحديث والعربية وليس على وجه الأرض من مشرقها إلى مغربها أعلم بالحديث والعربية مني إلا أن يكون الخضر أو القطب أو أولياء الله فإن هؤلاء لم أقصد دخولهم في عبارتي والله أعلم اهـ كلام السيوطي الأمر الثالث أن الاجتهاد المطلق فرض كفاية فكيف يدعي خلو الأرض عمن يقوم به فيأثم جميع الأمة المحمدية كما في رسالة السيوطي المذكورة وفي حاشية الباجوري على ابن قاسم وادعى الجلال السيوطي بقاءه إلى آخر الزمان واستدل بقوله - صلى الله عليه وسلم - «يبعث الله على رأس كل مائة سنة من يجدد لهذه الأمة أمر دينها» ومنع الاستدلال بأن المراد بمن يجدد أمر الدين

من يقرر الشرائع والأحكام لا المجتهد المطلق اهـ.والجمهور على أن شروط الاجتهاد المطلق المذكورة لم تتحقق في شخص من علماء القرن الرابع فما بعده وأن من ادعى بلوغها منهم لا تسلم له دعواه ضرورة أن بلوغها لا يثبت **بمجرد الدعوى** وأن فرض الكفاية لا يجب على المكلفين به تحصيله وإنما يجب عليهم الاجتهاد في تحصيل شروطه بقدر ما في طاقاتهم البشرية فإذا تعذر عليهم تحصيلها كيف يدعي تأثيم جميعهم قال ابن أبي الدم عالم الأقطار الشامية بعد سرده شروط الاجتهاد المطلق: هذه الشروط يعز وجودها في زماننا في شخص من العلماء بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهد مطلق.وقال حجة الإسلام الغزالي في كتابه الوسيط.وأما شروط الاجتهاد المعتبرة في القاضي فقد تعذرت في وقتنا وفي الإنصاف من كتب السادة الحنابلة أنه من زمن طويل عدم المجتهد المطلق." (١)

"له – عليه السلام – والله ما أردت إلا واحدة فقال والله ما أردت إلا واحدة» فحلفه بعد دعوى امرأته الثلاث، والجواب عن الأول أن الأيمان تثبت بعد اللوث، وهو وجوده مطروحا بينهم، وهم أعداؤه، وغلظت خمسين يمينا بخلاف صورة النزاع في المقيس، ولأن القتل نادر، وفي الخلوات حيث يتعذر الإشهاد فغلظ أمره لحرمة الدماء، وعن الثاني أن المدعى عليه هاهنا لا يحلف **بمجرد الدعوى** فانحسمت المادة، وعن الثالث أن اللعان مستثنى للضرورة، ولا ضرورة هاهنا فجعلت الأيمان مقام الشهادة لتعذرها، وضرورة الأزواج لنفي العار وحفظ النسب، وعن الرابع أنه مخصوص بما ذكرناه من الضرورات، وخطر الباب، وعن الخامس، وإن صح الفرق أن أصل الطلاق يثبت بلفظ صالح بل ظاهر للثلاث، ودعوى المرأة أصل الطلاق ليس فيه ظهور بل مرجوح باستصحاب العصمة(تنبيه) قال العبدي يثبت بالشاهد واليمين في مذهب مالك أربعة الأموال والكفالة والقصاص في جراح العمد والخلطة التي هي شرط في التحليف في بعض الأموال، والذي لا يثبت بالشاهد واليمين ثلاثة عشر النكاح والطلاق والعتاق والولاء والأحباس، والوصايا لغير المعين، وهلال رمضان وذي الحجة، والموت والقذف والإيصاء، وترشيد السفيه، ونقل الشهادة، والمختلف فيها هل نثبت بهما أم لا خمسة الوكالة، ونكاح امرأة قد ماتت والتجريح والتعديل(تنبيه) قبول مالك – رحمه الله – الشاهد واليمين في القصاص في جراح العمد اعتمادا على أنها يصالح عليها بالمال في بعض الأحوال مشكل جدا فإنه إلغاء للأصل، واعتبار للطوارئ البعيدة، وذلك لازم له في النفس أيضا، وهو خلاف الإجماع، ويشكل عليه أيضا بأنه لم يقل بهما في الأحباس مع أنها منافع، ولا في الولاء، ومآله

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ١٢١/٢

إلى الإرث، وهو مال والوصايا، وهي مال، وترشيد السفيه يئول لصحة البيع وغيره، وهو مال، والمال في هذه الصور أقرب من المال في جراح العمد لا سيما وهو يبيح القصاص بذلك، ومتى يقع الصلح فيها فهي مشكلة، وعدم قبوله هذه الحجة في الأحباس، وما ذكر معها مشكل مع أن قاعدة المذهب أن الوكالة إذا كانت تئول إلى مال تثبت بالشاهد واليمين وكذلك كل ما مآله إلى المال عكسه لا يثبت بالشاهد واليمين فتأمل ذلك إلا أن يريد في الحبس على غير المعين فإنهـــــS. . . . .

. . . . .ـــــQلا يدخلها الحكم ألبتة بل إنما تدخلها الفتيا فقط فكل ما وجد بها من الإخبارات فهي فتيا فقط فليس لحاكم أن يحكم أن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، ولا أن هذا الماء دون القلتين فيكون بحلول قليل نجاسة فيه لم تغيره نجسا فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله بل ما يقال في ذلك إنما هو فتيا إن كانت مذهب السامع عمل بها، وإلا فله تركها، والعمل بمذهبه قاله الأصل، وصححه ابن الشاط – رحمه الله تعالى – قال الأصل، ويلحق بالعبادات أسبابها فإذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبته حاكم شافعي، ونادى في المدينة بالصوم لا يلزم ذلك المالكي لأن ذلك فتيا لا حكم، وكذلك إذا قال حاكم قد ثبت عندي أن الدين يسقط الزكاة أو لا يسقطها أو ملك نصاب من الحلي المتخذ لاستعمال مباح سبب لوجوب الزكاة فيه أو أنه لا يوجب الزكاة أو غير ذلك من أسباب الأضاحي والعقيقة والكفارات والنذور ونحوها من العبادات المختلف فيها أو في أسبابها لا يلزم شيء من ذلك من لا يعتقده بل يتبع مذهبه في نفسه، ولا يلزمه قول ذلك القائل لا في عبادة، ولا في سببها ولا شرطها ولا مانعها، وبهذا يظهر أن الإمام لو قال لا تقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكما، وإن كانت مسألة مختلفا فيها هل تفتقر الجمعة إلى إذن السلطان أم لا، وللناس أن يقيموها بغير إذن الإمام إلا أن يكون في ذلك صورة المشاقة، وخرق أبهة الولاية، وإظهار العناد والمخالفة فتمتنع إقامتها بغير أمره لأجل ذلك لا لأنه موطن خلاف اتصل به حكم حاكم، وقد قاله بعض الفقهاء، وليس بصحيح اهـ بلفظه.قال أبو القاسم بن الشاط – رحمه الله تعالى –، وفيما قاله في ذلك نظر إذ لقائل أن يقول إن حكم الشافعي بثبوت هلال رمضان بشهادة شاهد واحد حكم يلزم جميع أهل البلد، وكذلك يلزم غير ذلك الحاكم ممن يخالف مذهبه مذهبه ما بني على ذلك الثبوت كما إذا ثبت عنده أن الدين لا يسقط الزكاة، وأراد أخذها ممن يخالف مذهبه مذهبه أنه لا يسوغ له الامتناع من دفعها له، وكذلك ما أشبه، وحينئذ فقول الإمام لا تقيموا الجمعة إلا بإذني حكم حاكم اتصل بأمر مختلف فيه فيتعين الوقوف عند حكمه كما قاله ذلك الفقيه فهو الصحيح،

والله أعلم اهـ.قلت وخالفه ابن فرحون في تبصرته في قوله، وحينئذ فقول الإمام إلخ حيث وافق ما نقله عن الشيخ سراج الدين عمر البلقيني – رحمه الله تعالى – من قوله ولقد عجبت من قاض حضر عند سلطان، ووقع الكلام في صحة إقامة الجمعة في جامع بناه ذلك السلطان فلما تكلموا في الخلاف في ذلك قال القاضي نحكم بصحة إقامة الجمعة فيه، وهذا الكلام باطل إذ لا يتصور أن." (١)

"مسألة) . اتفق الناس فيما علمت على تكفير إبليس بقضيته مع آدم – عليه السلام –، وليس مدرك الكفر فيها الامتناع من السجود، وإلا لكان كل من أمر بالسجود فامتنع منه كافرا، وليس الأمر كذلك، ولا كان كفره لكونه حسد آدم على منزلته عند الله تعالى، وإلا لكان كل حاسد كافرا، ولا كان كفره لعصيانه وفسوقه من حيث هو عصيان وفسوق، وإلا كان كل عاص وفاسق كافرا وقد أشكل ذلك على جماعة من الفقهاء وينبغي أن تعلم أن إبليس إنما كفر بنسبة الله تعالى إلـــــــsقال (مسألة اتفق الناس فيما علمت على تكفير إبليس بقضيته مع آدم – عليه السلام –، وليس مدرك الكفر فيها الامتناع من السجود، وإلا لكان كل من أمر بالسجود فامتنع منه كافرا، ولا بحسده لآدم لمنزلته عند الله تعالى، وإلا لكان كل حاسد كافرا، ولا كان كفره لعصيانه وفسوقه من حيث هو عصيان وفسوق، وإلا لكان كل عاص وفاسق كافرا (. قلت: ما قاله من لزوم الكفر لكل ممتنع من السجود ولكل حاسد ولكل عاص ليس بصحيح؛ لأنه لا يمتنع في العقل أن يجعل الله تعالى حسدا ما وامتناعا ما وعصيانا ما دون سائر ما هو من جنسه كفرا إذ كون أمر ما كافرا أو غير كفر أمر وضعي وضعه الشارع لذلك فلا مانع من أن يكون كفره لامتناعه أو لحسده. قال: (وقد أشكل ذلك على جماعة من الفقهاء وينبغي أن يعلم أن إبليس إنما كفر بنسبة الله تعالى إلـــــــQ (الرابع) حبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختبار لحاله فإذا ظهر حاله حكم بموجبه عسرا أو يسرا.(الخامس) حبس الجاني تعزيرا أو ردعا عن معاصي الله تعالى.(السادس) حبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة كحبس من أسلم عن أختين أو عشرة نسوة أو امرأة وابنتها، وامتنع من التعيين.(السابع) حبس من أقر بمجهول عين أو في الذمة، وامتنع من تعيينه فيحبس حتى يعينه فـيقول المقر به هو هذا الثواب أو هذه الدابة أو الشيء الذي أقررت به في ذمتي هو دينار.(الثامن) حبس الممتنع من حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة عندنا، وعند الشافعي كالصوم والصلاة فيقتل فيه قال ابن فرحون ولا يدخل في ذلك عندنا من امتنع من فعل الحج، وإن قلنا أنه على الفور مراعاة للقول بأنه على التراخي،

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٩٠/٤

وأما ترك السنن فمثاله ترك الوتر قال أصبغ بتأديب تارك الوتر اهـ هذا ما اقتصر عليه الأصل.(التاسع) من يحبس اختبار لما ينسب إليه من السرقة والفساد.(العاشر) حبس المتداعي فيه قال تسولي العاصمية، وحاصله أن الطالب إما أن يأتي بعدلين أو بعدل أو بمجهول مرجو تزكيته أو بمجهولين كذلك أو بلطخ أو **بمجرد الدعوى** فالتوقيف في الأول ليس إلا للإعذار ما لا خراج له من العقار بالغلق، وما له خراج يوقف خراجه، وغير العقار من العروض والثمار والحبوب بالوضع تحت يد أمين، وبيع ووضع ثمنه عنده في الثمار إن كان مما يفسد، وفي الثاني للإعذار فيه أو لإقامة ثان إن لم يرد أن يحلف معه لرجاء شاهد آخر فالمنع من التفويت فقط في العقار، ولا ينزع من يده لكن يوقف ماله خراج منه، وفي غير العقار بالوضع تحت يد أمين، وبيع ما يفسد أيضا إلا أن يقول إن لم أجد ثانيا فلا أحلف مع هذا ألبتة فلا يباع حينئذ بل يترك للمطلوب، وفي الثالث التزكية والإعذار بعدها، وحكمه على ما لابن رشد وأبي الحسن وابن الحاجب حكم الذي قبله في سائر الوجوه قال ابن رحال في شرحه هو كالعدل المقبول في وجوب الإيقاف به إلا أنه لا يحلف معه، وفي الرابع التزكية والإعذار أيضا، وحكمه كالذي قبله إلا في بيع ما يفسد فيباع على كل حال.وفي الخامس، ولا يتأتى إلا في غير العقار بالوضع عند أمين ما لم يكن مما يفسد فيخلي بينه وبين حائزه فيما يظهر لأنه كالعدل الذي لا يريد صاحبه الحلف معه، وفي السادس لا عقل أي لا حبس أصلا إذ لا يعقل على أحد بشيء بمجرد دعوى الغير فيه على المنصوص، وجرى العمل بالإيقاف **بمجرد الدعوى** في غير العقار قال ناظمه:وكل مدع للاستحقاق ... مكن من الإثبات بالإطلاقلكن حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا إن صح مستنده ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق، والمحافظة على حق الطالب فإن كان ولا بد فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها فإن لم يثبت شيئا أخذه المطلوب لأن هذا قد اعترض مال غيره، وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ بخلاف ما إذا استند له فلا يضمن الكراء الشبهة، ولم أر ذلك منصوصا لأحد ممن قال بهذا العمل، وقد حكى كثير من الناس أنهم كانوا إذا تعذر عليهم المعاش يذهبون للفنادق فيعترضون دواب الواردين حتى يصالحوهم بقليل أو كثير، ولا سيما إن كان رب الدابة مزعوجا يريد الخروج في الحين، وقد شاهدنا من ذلك." (١)

"وأنه خاص بروحانيات الكواكب، وملوك الجان وشروط هذه الأمور مستوعبة في كتب القوم والغالب عليهم الكفر فلا جرم لا يشتغل بهذه الأمور مفلح، وهاهنا قد انتهى العدد إلى أحد عشر وكان أصله عشر

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٤/١٣٤

بسبب أن أحد بعض الخواص من أنواع السحر فاختلف العدد لذلك.وهاهنا أربع مسائل (المسألة الأولى) . قال الإمام فخر الدين بن الخطيب في كتابه الملخص: السحر والعين لا يكونان من فاضل، ولا يقعان ولا يصحان منه أبدا؛ لأن من شرط السحر الجزم بصدور الأثر وكذلك أكثر الأعمال من شرطها الجزم والفاضل المتبحر في العلوم يرى وقوع ذلك من الممكنات التي يجوز أن توجد وأن لا توجد فلا يصح له عمل أصلا، وأما العين فلا بد فيها من فرط التعظيم للمرئي والنفوس الفاضلة لا تصل في تعظيم ما تراه إلى هذه الغاية فلذلك لا يصح السحر إلا من العجائز والتركمان أو السودان ونحو ذلك من النفوس الجاهلة.(المسألة الثانية) السحر له حقيقة وقد يموت المسحور أو يتغير طبعه وعادته، وإن لم يباشره وقال به الشافعي وابن حنبل وقالت الحنفية إن وصل إلى بدنه كالدخان ونحوه جاز أن يؤثر، وإلاـــــــSقال: (وهاهنا أربع مسائل المسألة الأولى إلى آخر ما حكاه عن الفخر) قلت: لا كلام معه في ذلك؛ لأنه نقل، وما قاله الفخر يتوقف على الاختبار والتجربة، ولا نعلم صحة ذلك من سقمه، وما قاله في المسألة الثانية صحيح.ـــــــQفي جهة المنكر لأن المبتدئ محصور في خبره، واللام للعموم فلم تبق يمين في جهة المدعي.(والوجه الرابع) أنه لما تعذر نقل البينة للمنكر تعذر نقل اليمين للمدعي، وجوابهما أن اليمين التي على المنكر لا تتعداه لأن اليمين التي عليه هي اليمين الدافعة، واليمين مع الشاهد هي الجالبة فهي غيرها فلم يبطل الحصر، ولم يكن قولنا بيمين المدعي مع الشاهد تحويلا من يمين المنكر بل إثبات ليمين أخرى بالسنة فلا يرد أنه لما تتحول البينة لم تتحول اليمين مع أن التحويل واقع غير منكر لأنه لو ادعى عليه فأنكر لم يكن للمنكر إقامة البينة، ولو ادعى القضاء كان له إقامة البينة مع أنها بينة ثابتة في الحالين.(والوجه الخامس) أن اليمين لو كان كالشاهد لجاز تقديمه على الشاهد كأحد الشاهدين مع الآخر، ولجاز إثبات الدعوى بيمين، وجوابه الفرق بأن الشاهدين معناهما متساويان فلا مزية لأحدهما على الآخر في التقديم، وأما اليمين فإنما تدخل لتقوية جهة الشاهد فقبله لا قوة فلا تدخل، ولا تشرع وشرع الشاهدان لأنهما حجة مستقلة مع الضعف.(والوجه السادس) القياس على أحكام الأبدان، وجوابه أن أحكام الأبدان أعظم، ولذلك لا يقبل فيها النساء، ولا نثبت باليمين مع النكول عندنا وعند أبي حنيفة خلافا للشافعي حيث قال بحلف المدعى عليه قبل قيام شاهد فإن نكل حلف المدعي لنا وجوه(الأول) قوله - عليه السلام – «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» فأخبر – عليه السلام – أنه لا يثبت إلا بهما فمن قال باليمين مع النكول فعليه البيان.(والوجه الثاني) قوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] وإنما أمر بهذه الشهادة لأنها

سبب الثبوت فينحصر الثبوت فيها عملا بالمفهوم، وإلا لزم تأخير البيان في تأسيس القواعد، وهو خلاف الأصل(والوجه الثالث) أن الشاهدين والمرأتين أقوى من اليمين مع النكول لأنها حجة من جهة المدعي، ولم تثبت أحكام الأبدان بها فلا تثبت باليمين مع النكول.(والوجه الرابع) أن ما ذكروه يؤدي إلى استباحة الفروج بالباطل لأنه إذا أحبها ادعى عليها فتنكر فيحلفها فتنكل فيحلف، ويستحقها بتواطؤ منهما.(والوجه الخامس) أن المرأة قد تكره زوجها فتدعي عليه في كل يوم فتحلفه وكذلك الأمة تدعي العتق، وهذا ضرر عظيم.وأما الوجوه التي احتجوا بها: (فالوجه الأول) قضية حويصة ومحيصة في قضية عبد الرحمن بن سهل، وهي في الصحاح، وقال فيها – عليه السلام – «تحلف لكم يهود خمسين يمينا» ، وجوابه والأيمان تثبت بعد اللوث، وهو وجوده مطروحا بينهم، وهو أعداؤه، وغلظت خمسين يمينا بخلاف صورة النزاع في المقيس، ولأن القتل نادر في الخلوات حيث يتعذر الإشهاد فغلظ أمره لحرمة الدماء.(والوجه الثاني) أن كل حق توجهت اليمين فيه على المدعى عليه فإذا نكل ردت على المدعي قياسا على المال، وجوابه أن المدعى عليه هاهنا لا يحلف **بمجرد الدعوى** فانحسمت المدة.(والوجه الثالث) القياس على اللعان فإن المرأة تحد بيمين الزوج، ونكولها عن اليمين، وجوابه أن اللعان مستثنى للضرورة فجعلت الأيمان مقام الشهادة لتعذرها وضرورة الأزواج لنفي العار وحفظ النسب، ولا ضرورة هاهنا.(الوجه الرابع) قوله – عليه السلام – «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» ، وهو عام يتناول صورة النزاع، وجوابه أنه مخصوص بما ذكرناه من الضرورات، وخطر الباب.(والوجه الخامس) أنه – عليه السلام – قال لركانة لما طلق امرأته ألبتة ما أردت بالبتة قال واحدة فقال له – عليه السلام – الله ما أردت إلا واحدة." (١)

"وحكى القضية إلى آخرها فإن هذا سحر فقد تصوره وحكم عليه بأنه سحر فهذا هو تعلمه فكيف يتصور شيئا لم يعلمه.وأما قوله لا يتصور التعلم إلا بالمباشرة كضرب العود فليس كذلك بل كتب السحر مملوءة من تعليمه، ولا يحتاج إلى ذلك بل هو كتعلم أنواع الكفر الذي لا يكفر به الإنسان كما نقول إن النصارى يعتقدون في عيسى – عليه السلام – كذا والصابئة يعتقدون في النجوم كذا ونتعلم مذاهبهم، وما هم عليه على وجهه حتى نرد عليهم ذلك فهو قربة لا كفر، وقد قال بعض العلماء: إن كان تعلم السحر ليفرق بينه وبين المعجزات كان ذلك قربة وكذلك نقول إن عمل السحر بأمر مباح ليفرق به بين المجتمعين على الزنا أو قطع الطريق بالبغضاء والشحناء أو يفعل ذلك بجيش الكفر فيقتلون به ملكهم هذا كله قربة أو

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ١٤٩/٤

يصنعه محبة بين الزوجين أو ـــــــsوالوجه الثاني أن يتعلمه قاصدا بتعلمه تحصيل أثره متى احتاج إلى ذلك وهذا هو الذي اقتضى ظاهر الكتاب أنه كفر.قال: (وأما قوله لا يتصور التعلم إلا بالمباشرة كضرب العود فليس كذلك إلى قوله فهو قربة لا كفر) قلت مراد الطرطوشي تعلمه لتجربة حصول أثره لا لغير ذلك وقوله قد قال بعض العلماء: إن تعلمه ليفرق بينه وبين المعجزة صحيح وقوله فنقول إذا عمل السحر بأمر مباح فيه نظر إذ لقائل أن يقول إن عمل السحر المقصود به تحصيل أثره على أي وجه كان كفرا أو دليل الكفر بوضع الشارع، وهو ظاهر الآية كما سبق وتوهم كونه إذا كان أثره أمرا مباحا التباسه في الشرع كان علمه مباحا لا دليل عليهـــــــQبالقافة إنما هو ضرب من اجتهاد فلا ينقل ولد الحرة من يقين إلى الاجتهاد، ولما جاز نفي ولد الأمة **بمجرد الدعوى** جاز نفيه بالقافة اهـ بلفظه، والله أعلم(الوصل الثاني) خالفنا أبو حنيفة في قبول القافة في القضاء بثبوت الأنساب فقال الحكم بالقافة باطل قال الأصل لنا خمسة وجوه(الأول) ما في الصحيحين «قالت عائشة – رضي الله عنها – دخل علي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – تبرق أسارير وجهه فقال ألم تري إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض» وسبب ذلك أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان تبنى زيد بن حارثة وكان أبيض، وابنه أسامة أسود فكان المشركون يطعنون في نسبه فشق ذلك على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لمكانته منه فلما قال مجزز ذلك سر به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو يدل من وجهين (أحدهما) أنه لو كان الحدس باطلا شرعا لما سر به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لأنه – عليه السلام – لا يسر بالباطل (وثانيهما) أن إقراره – عليه السلام – على الشيء من جملة الأدلة على المشروعية، وقد أقر مجززا على ذلك فيكون حقا مشروعا لا يقال النز ا ع إنما هو إلحاق الولد، وهذا كان ملحقا بأبيه في الفراش فلم يتعين محل النزاع لأنا نقول مرادنا هاهنا أن الشبه الخاص معتبر، وليس مرادنا أن النسب ثبت بمجزز، ولا يقال أيضا أن سروره – عليه السلام – لتكذيب المنافقين لأنهم كانوا يعتقدون صحة القيافة، وتكذيب المنافقين حاصل بأي سبب كان بقوله – عليه السلام – «إن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر» فقد يفضي الباطل للخير والمصلحة، وعدم إنكاره – صلى الله عليه وسلم – هذا الباطل، وهو لا يقره لأن مجززا لم يتعين أنه أخبر بذلك لأجل القيافة فلعله أخبر به بناء على القرائن إذ يحتمل أن يكون رآهما قبل ذلك (لأنا نقول) كيف يستقيم السرور مع بطلان مستند التكذيب كما لو أخبر عن كذبهم رجل كاذب، وإنما يثبت كذبهم إذا كان المستند حقا فيكون الشبه حقا،

وهو المطلوب فاندفع بهذا قولكم أن الباطل قد يأتي بالخير، والمصلحة فإنه على هذا التقرير ما أتى بشيء، وقولكم أخبر به لرؤية سابقة لأجل القرائن يقتضي أمرين: (الأول) نفي فائدة اختصاص السرور بقوله لأن الناس كلهم يشركونه في ذلك حينئذ (الثاني) نفي فائدة ذكر الأقدام إذ أنه حكم بشيء غير الذي كان طعن المشركين ثابتا معه لما كان لكل من اختصاص السرور، وبقوله، وذكر الأقدام فائدة.(والوجه الثاني) قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حديث العجلاني «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فأراه قد كذب عليها، وإن أتت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك فلما أتت به على النعت المكروه قال – عليه السلام – لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» فصرح – عليه السلام – بأن وجود صفات أحدهما أي الوالد في الآخر أي الولد يدل على أنهما من نسب واحد، ومجيء الوحي بأن الولد ليس يشبهه مؤسس لما يقوله، والحكم بالشبه أولى من الحكم بكونه في الفراش لأن الفراش يدل عليه من ظاهر الحال، والشبه يدل على الحقيقة، وكونه – عليه السلام – لم يعط علم القيافة ممنوع لأنه – عليه السلام – أعطي علم الأولين والآخرين سلمنا لكن عن ضابط القائفين أن الشبه متى كان كذا فهم يحكمون بكذا لا أنه ادعى علم القيافة بل كما يقول يقول الإنسان: الأطباء يداوون المحموم بكذا، وإن لم يكن طبيبا، وإنما لم يحكم بالولد لشريك لأنه زان، والولد إنما يحكم به في وطء البائع، والمشتري الأمة في طهر واحد لأن كلا وطء شبهة، وأما عدم الحد فلأن المرأة." (١)

"وأما المعقول فهو أن الاعتبار واجب بنص القرآن، وهو النظر والتأمل فيما أصاب من قبلنا من المثلات بأسباب نقلت عنهم لنكف عنها احترازا عن مثله من الجزاء، وكذلك التأمل في حقائق اللغة لاستعارة غيرها لها سائغ والقياس نظيره بعينه لأن الشرع شرع أحكاما بمعاني أشار إليها كما أنزل مثلات بأسباب قصها ودعانا إلى التأمل ثم الاعتبار دون غيرهم فكان ادعاء كونهم مخصوصين بالعمل به دعوى بلا دليل قال شمس الأئمة – رحمه الله -: ومن لا يرى إثبات شيء بالقياس مع أنه حجة كيف يرى إثبات أمر **بمجرد الدعوى** من غير دليل، وأما دعوى الخصوص بناء على مشاهدة أحوال الوحي ومعرفة المراد بقرائن الأحوال ففاسدة؛ لأنها تخالف الإجماع؛ فإن أحدا لم يفرق بين الصحابة وغيرهم.وكذا دعواهم ذلك بطريق الكرامة أن الكرامة إنما تثبت بطاعة الله ورسوله وتعظيم النص بترك الرأي في مقابلته لا بإظهار المخالفة لأمر الله ورسوله بالرأي وإنما عملوا بخلاف النص في بعض الحوادث لفهمهم بقرائن الأحوال أو

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٤/١٦٥

غيرها أن ذلك ترخص، وأن التمسك بالعزيمة أولى، ففي حديث الإمامة على الصديق – رضي الله عنه – أن إشارة النبي – عليه السلام – بأن يثبت مكانه كانت على سبيل الترخص والإكرام له فحمد الله تعالى على ذلك، ثم تأخر تمسكا بالعزيمة الثابتة بقوله جل جلاله «لا تقدموا بين يدي الله ورسوله» وإليه أشار بقوله ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله، وكذلك التمسك بالعزيمة كان في التقدم للإمامة قبل حضور رسول الله – عليه السلام – مراعاة لحق الله تعالى في أداء الصلاة في الوقت المعهود والتأخر إلى الحضور كان رخصة.وكذلك علم علي – رضي الله عنه – أن الأمر بالمحو لم يكن للإلزام فلم يقصد به إلا تتميم الصلح فرأى إظهار الصلابة في الدين بمحضر من المشركين عزيمة، ثم الرغبة في الصلح مندوب إليه للإمام بشرط أن يكون منه منفعة للمسلمين وتمام هذه المنفعة في أن يظهر الإمام المسامحة والمساهلة فيما يطلبون ويظهر المسلمون القوة والشدة في ذلك ليعلم العدو أنهم لا يرغبون في الصلح لضعفهم فلهذا أبى علي – رضي الله عنه – عن ذلك.وكذلك عرف معاذ – رضي الله عنه – أن في البداية بالفائت للمسبوق معنى الرخصة ليكون الأداء عليه أيسر وإن العزيمة متابعة رسول الله – عليه السلام – واغتنام ما أدركه معه فاشتغل بإحراز ذلك أولا تمسكا بالعزيمة لا مخالفة للنص، وأما حد الشرب فثابت بالإجماع وإن كان مستنده الاستدلال بحد القذف والحكم الثابت بالإجماع لا يكون محالا به على الرأي كذا ذكر الإمام شمس الأئمة – رحمه الله –.قوله (وأما المعقول) ، فكذا استدل أولا بعموم قوله تعالى ﴿فاعتبروا﴾ [الحشر: ٢] على أن العمل بالقياس واجب وإنه داخل في عمومه فاعترض عليه أن النص إنما يتناول الاعتبار بأمر ثابت بالنص كالاعتبار بالمثلات دون الرأي فقال إن سلمنا أن النص ورد فيما ذكرتم فالقياس في معناه فيلحق به.والحاصل أن الأول استدلال بعبارة النص وهذا استدلال بدلالته لأنه ثابت بمعناه اللغوي إلا أنه سماه دليلا معقولا لأن الوقوف عليه يحصل بالتأمل والتفكر لا بظاهر النص وصيغته وهذا التقدير إلى آخره هو الجواب الموعود عن السؤال المذكور، وهو الكفر أي السبب المنقول عنهم الكفر ليكف عنها أي يمتنع عن تلك الأسباب للتحرز عن مثل ما أصاب من قبلنا من الجزاء يعني وجوب النظر والتأمل فيما أصابهم بتلك الأسباب ليس هو المقصود بعينه بل لنعتبر أحوالنا بأحوالهم فكيف عما أسبق جوابه ما لحقهم من العذاب؛ فإن المقصود من الاعتبار الاتعاظ بالغير.وإذا كان كذلك لم يكن فرق بين حكم هو هلاك في محل باعتبار معنى هو كفر وبين." (١)

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢٨٣/٣

"إلى ذلك المشترك استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استناد الشيء إلى المعرف له ولا يمتنع ذلك بل هو الواقع في سائر الأحكام فإن الحكم مستند إلى الحاجة استناد الأثر إلى المؤثر وإلى الوصف استثناء الشيء إلى المعرف واعلم أن الحجاج في هذه المسألة طويل لا يحتمله هذا الشرح لا سيما وصاحب الكتاب أومى إلى الاختصار حيث اقتصر فيها على **مجرد الدعوى** والحق عندي جريان القياس فيها إن قلنا برجوع التشبيه إلى الأحكام الشرعية على ما تقدم ذلك في أوائل الكتاب فإنه حينئذ يشملها دلائل العمل بالقياس في الأحكام ثم إن اعترف الخصوم بمكان معرفة العلة وتعديتها ثم توقفوا عن التعدية كانوا متحكمين بالفرق بين حكم وحكم كمين يقول نجري القياس في حكم الضمان لا في القصاص وفي البيع لا في النكاح وإن ادعوا الإحالة فمن أين عرفوا ذلك فإن قلت الأحكام مسلم في العقل لكنه غير واقع لأنه لا يتيقن الأسباب علة مسـتقيمة تتعدى قلت الآن قد ارتفع النزاع الأصولي إذ لا ذاهب إلى تجويز القياس حيث لا تفعل العلة أو لا تتعدى وهم قد ساعدونا على تجويز القياس حيث أمكن معرفة العلة وتعديتها فارتفع الخلاف وهذا ذكره الغزالي فذكرناه هنا وأما إن لم نقل برجوع السببية إلى الأحكام فعندي توقفالبحث السادس القياس في الأمور العادية والخلقية كأقل الحيض وأكثر وكذا الحمل والنفاس فقال المصنف لا يجري فيه القياس ونقله الإمام عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي والذي قاله الشيخ في شرح اللمع أن ما طريقة العادة إن كانت علته إمارة جاز إثباته بالقياس قال وذلك كالشعر هل يحل فيه الروح والحامل هل تحيض فإنا نستدل في مسألة الشعر والعظم بالنماء والاتصال ونقيس على سائر الأعضاء والخصم يقيس على أغصان الشجرة من حيث أنه لا يحس ولا يتألم وفي مسألة الحامل بأن الحمل لو منع دم الحيض لمنع دم الاستحاضة ألا ترى أن الصغر لما منع أحدهما منع الآخر فكذا الكبر والخصم يقول لو كان دم الحيض لانقضت به العدة وحرم الطلاق وإن لم يكن عليه أمارة كأقل الحيض وأكثره فلا يجوز إثباته بالقياس كما نقله." (١)

"لجميع الأوصاف.وطريقه أن يوافقه الخصم على انحصارها فيما ذكر أو يعجز عن إظهار زائد، وإلا فيكفي المستدل أن يقول: بحثت عن الأوصاف فلم أجد معنى سوى ما ذكرته، أو الأصل عدم ما سواها، واكتفوا في حصر الأوصاف بعدم الوجدان. وهذا إذا كان أهلا للبحث، ونازع في ذلك بعض المتأخرين، فإن ذلك يحتاج إلى الاطلاع على جميع النصوص، ثم إلى معرفة جميع وجوه الدلالات، وهذا عسر جدا.

(١) الإبهاج في شرح المنهاج السبكي، تقي الدين ٣٦/٣

وقد يكون علمه قليلا وفهمه ناقصا.وكذلك قال الصفي الأصفهاني في نكته: من الفاسد قول المعلل في جواب طالب الحصر: بحثت وسبرت فلم أجد غير هذه الأشياء، فإن ظفرت بعلة أخرى فأبرزها وإلا يلزمك ما يلزمني قال: وهذا فاسد، لأن سبره لا يصلح دليلا، لأن الدليل ما يعلم به المدلول، ومحال أن يعلم طالب الحصر الانحصار ببحثه ونظره، وجهله لا يوجب على خصمه أمرا، واختار ابن برهان في الأوسط التفصيل بين المجتهد وغيره. ثم إن كان مجتهدا رجع إلى ما يغلب على ظنه، وإن كان مناظرا ولم يساعده الخصم فهل يلزمه إبداء كيفية السبر؟ اختلفوا فيه على قولين: أحدهما: لا، لأنه لا يستقل درء قوله، لاحتمال أن يكون وراءه تقسيم متوجه لم يذكره، و (أصحهما) ، واختاره في المنخول، أنه لا بد من إبداء كيفية السبر، ليكون دليلا غير مقتصر على **مجرد الدعوى**، وليس للخصم أن يقول: لم يبحث، أو يسبر، أو هو غريب، ولا أن يقول: بقي وصف آخر ولا أبرزه.تنبيه:لم يحكوا خلافا في هذا القسم، ورأيت في كتاب ابن فورك: إذا كانت." (١)

"والفراسة ما يظهر لبعض الصالحين من كشوف حقانية.قلنا معناه الأمر بأن يعمل مثله بفتوى قلبه لا بدعوة الناس إليه ولا نزاع فيه.وثالثا: أمر الله تعالى موسى عليه السلام وهو من أفاضل أولى العزم أن يتبع الخضر في إلهاماته وكان الحق للخضر عليه السلام في المسائل الثلاث.قلنا: للعمل بحقه ذلك بأمر الله تعالى ولا كلام في مثله ولا في حسن الاعتقاد لمن يدعى الإلهام بدليل يدل على صدقه من الكرامات النقاضات للعادات والاتقاء عن فراسات الأولياء في إضمار الخاطر السوء في حقهم واجب بل كلا منافى وجوب الاتباع في الأمور الدينية بلا دليل شرعي.ورابعا أن الترجيح بين القياسين المتعارضين بشهادة القلب وكذلك أنواع التحرى في القبلة واختلاط الحرام بالحلال والنجس بالطاهر.قلنا التحرى ليس من الإلهام المخصوص بالعدل التقى بل هو دليل ضروري لا يعمل به إلا بعد العجز عن أسباب العلم مشروع في حق الصالح والطالح.وأما ما قالوا من أنه يجب على المريد اتباع قول شيخه في وارداته ومناماته ولا يطلب عليه الدليل وإلا كان محجوزا ومردودا فمسلم لا فيما يخالفه الشرع لقوله عليه السلام "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" (١) بل فيما يوافقه كترجيح أحد الجائزين وذلك إذا عرف صلاح شيخه بسداد سيرته ورؤية كراماته لا **لمجرد الدعوى** والطامات.الخامس: بالمجمل المجهول كقول الجدليين جائز قياسا على صورة متفق على جوازها لمصلحته أو غير ثابت دفعا لمفسدته وقد قال عليه السلام: "لا ضرر ولا ضرر في

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٧/٢٨٥

الإسلام (٢) قلنا يمكن لأحد أن يقلبه فلا يصلح حجة شرعية لاستحالة التناقض على حجج الشارع ولأن مثله لعب بالتشريع وترويج لهوى النفس ففيه خطر زوال الإيمان_____________= (١/ ٣٨٧) ح (٦٦٣) والبيهقي في الزهد الكبير (٢/ ١٥٩ - ١٦٠) ح (٣٥٨).(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٢٠٩) ح (١٧٠٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٥٤٥) ح (١٧) عن الحسن مرسلا، وعبد الرزاق في مصنفه (٢/ ٣٨٣)، ح (٣٧٨٨)، والطبراني في الأوسط (٤/ ١٨١ - ١٨٢) ح (٣٩١٧)، والإمام أحمد في مسنده (١/ ١٣١) ح (٩٥)، والقضاعي في مسند الشهاب (٢/ ٥٥) ح (٧٣) والخلال في السنة (١/ ١١٣ - ١١٤) ح (٥٨)، والحارث في مسنده (٢/ ٦٣٢) ح (٦٠٢)، والطراني في الكبير (١٨/ ١٦٥) ح (٦٧) وابن الجوزي في العلل (٢/ ٧٦٨) ح (١٢٨٠) وانظر كشف الخفاء للعجلوني (٢/ ٤٩١) وعلل الدارقطني (٥/ ١٥٥).(٢) تقدم تخريجه.." [١]

". . . . . .ـــــــQأو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حر أو لا.وهذه مسألة في الشهادة على الشرط قال إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر **مجرد الدعوى** والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح، والله أعلم.." [٢]

"في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا، كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا.(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة. وقال الشافعي: لا يسقط **بمجرد الدعوى** لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد. ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق **بمجرد الدعوى** للاحتمال، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/٤٤٦

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٥٢٠

بعد الإقرار(وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر، لأن السرقة تثبت بإقرارهما ـــــــQالعين لأن ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عنه القطع نصابا كاملا بعضه دين وبعضه عين، بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لأنه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع. كذا في النهاية.وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه(قوله وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعدما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وإنما فسر به ليخرج ما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال (وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين، كذا ذكره بعض أصحابه، وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب الحد، إذ لا يعجز سارق عن هذا. ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي. وعن أحمد رواية أنه إن كان معروفا بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال. قال ابن قدامة: وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال لأن الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه. قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من أنه يفضي إلى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) إجماعا. والسارق لا يعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع، على أنه ممنوع، فإن من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا.(قوله وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال: أحدهما هو مالي لم يقطعا، لأن الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر. لأن السرقة ثبتت بإقرارهما." (١)

"فهو أولى به) ؛ لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه، وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب. ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه؛ لأنه ثبت في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة؛ لأن البينة أقوى.(وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبهـــــــQفطابق (فهو أولى به) من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم؛ ولو أقاما البينة وأحدهما ذمي كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق) وهو الدعوى، وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الأخرى كان ابنه، ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٠٨/٥

منازع له فيه، وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما، بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيئا، وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف؛ لأن سبب الاستحقاق هناك ليس **مجرد الدعوى** بل البينة، فلو قضى له لكان إثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة، وذلك لا يجوز، إنما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر.ولو ادعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة أنه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد، وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما. وعند الشافعي يرجع إلى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد. ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد. وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة. وفي شرح الطحاوي: وإن كان المدعي أكثر من اثنين، فعن أبي حنيفة أنه جوز إلى خمسة. ولو ادعته امرأة لا يقبل إلا ببينة؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج. وإن ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما، عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص، وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه، وهذا كله في حال حياة اللقيط، فلو مات عن مال فادعى إنسان نسبه لا يثبت؛ لأن تصديقه كان باعتبار اللقيط محتاج إلى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث، ولا يصدق إلا ببينة على ذلك.(قوله: وإذا وجد) اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أو لا، ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أو لا (فإن ادعاه ذمي أنه ابنه يثبت نسبه." [1]

"لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق (فإن كان عينا في يد المدعى) عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور، وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصرــــــــقلت: نعم، إلا أن العبارة وقعت كذلك في عامة معتبرات المتون فلعلها بناء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل أحوال دعوى الأعيان، ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه إيضاحا للمقام. وأما بعض المتأخرين فلما فهموا الخفاء فيها غيروها في متونهم إلى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة.قال المصنف في تعليل المسألة المذكورة (لأن فائدة الدعوى الإلزام) أي

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/١١٣

الإلزام على الخصم (بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق.) أقول: فيه بحث. وهو أن عدم تحقق الإلزام في المجهول ممنوع، إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقد مر في صدر كتاب الدعوى أن حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم إما بالإقرار وإما بالإنكار، فعلى تقدير إن أجاب الخصم بالإقرار يمكن الإلزام عليه في المجهول أيضا لكونه مؤاخذا بإقراره فينبغي أن تصح الدعوى فيه أيضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالإقرار. وبالجملة إن الإلزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الإقرار، فإن لم يتصور الأول في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب. لا يقال: إقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الإلزام في دعوى المجهول بل يحتمل. لأنا نقول: المراد بتحقق الإلزام الذي عد فائدة الدعوى إمكان تحققه دون وقوعه بالفعل، وإلا يلزم أن لا تتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم أيضا، كما إذا عجز المدعي عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل أنكر وحلف إذا حينئذ لا يقع الإلزام بالفعل قطعا (فإن كان) أي المدعى (عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها) أي كلف المدعى عليه إحضار العين المدعاة إلى مجلس الحكم (ليشير) أي المدعي (إليها بالدعوى) هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره.قال المصنف (وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه عليها كلف إحضاره إلى مجلس الحكم ليشير الشهود إليها عند أداء الشهادة، وليشير المدعى عليه إليها عند الحلف (لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف) حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر القاضي عندها أو بعث أمينا، كذا في الكافي وغيره (ويتعلق بالدعوى) أي بالدعوى الصحيحة: أي بمجردها، كذا في النهاية ومعراج الدراية (وجوب الحضور) أي وجوب حضور الخصم مجلس القاضي (وعلى هذا القضاة) أي على وجوب حضور الخصم مجلس القاضي **بمجرد الدعوى** الصحيحة القضاة. والأصل فيه قوله تعالى ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ [النور: ٤٨] إلى قوله ﴿بل أولئك هم الظالمون﴾ [النور: ٥٠] سماهم ظالمين لإعراضهم عند الطلب (من آخرهم) أي من آخرهم إلى أولهم وقال صاحب النهاية: أي بأجمعهم، وهذا أيضا صحيح بالنظر إلى المآل.وقال تاج الشريعة: أي من أولهم إلى آخرهم واقتفى أثره صاحب العناية، وهذا بعيد عن

عبارة المصنف كما لا يخفى (في كل عصر) فإن عمر بن الخطاب – رضي الله تعالى عنه – فعله، وعثمان وعلي – رضي الله عنهما – فعلا ذلك، والتابعون بعد." (١)

"لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل، وأخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه **بمجرد الدعوى** حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة – رحمه الله –، وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيهـــــــلخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه) أي كي لا يغيب خصمه نفسه (فيضيع حقه) أي حق المدعي، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق، كذا في الكافي وغيره (والكفالة بالنفس جائزة عندنا) خلافا للشافعي (وقد مر من قبل) أي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل: أي في أول كتاب الكفالة (وأخذ الكفيل **بمجرد الدعوى** استحسان عندنا.)اعلم أن أخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف. روي عن قتادة والشعبي أنه لا يجوز. وروي عن إبراهيم النخعي أنه يجوز، وهذا هو الاستحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن لا يجوز. وجه القياس أن **مجرد الدعوى** ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار فلا يجب عليه إعطاء الكفيل.ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله (لأن فيه) أي في أخذ الكفيل (نظرا للمدعي) إذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من إقامة البينة عليه (وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه) أي على المدعى عليه (**بمجرد الدعوى** حتى يعدى عليه) من الإعداء على لفظ المجهول.يقال استعدى فلان الأمير على من ظلمه: أي استعان به فأعداه الأمير عليه: أي أعانه الأمير عليه ونصره، ومنه قول الشاعر:ونستعدي الأمير إذا ظلمنا ... ومن يعدي إذا ظلم الأميركذا في النهاية وغيرها (ويحال بينه وبين أشغاله) من الحيلولة على لفظ المجهول أيضا (فيصح التكفيل بإحضاره) **بمجرد الدعوى** (والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة وهو الصحيح) احترازا عما روي عن أبي يوسف أنه يؤخذ الكفيل إلى المجلس الثاني (ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية (بين الخامل والوجيه) يقال خمل الرجل خمولا: إذا كان ساقط." (٢)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٨/٨

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٩٣/٨

"(باب التحالف) قال: (وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه فأقام أحدهما البينة قضى له بها) لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى منها (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع) نظرا إلى زيادة الإثبات.ــــــ [باب التحالف]لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لأن الاثنين بعد الواحد طبعا فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع (قال) أي القدوري في مختصره (وإذ اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما) أي المشتري (ثمنا) بأن قال مثلا: اشتريته بمائة (وادعى البائع أكثر منه) بأن قال: بعته بمائة وخمسين (أو اعترف البائع بقدر من المبيع) بأن قال مثلا: المبيع كر من الحنطة (وادعى المشتري أكثر منه) بأن قال: هو كران من الحنطة. والحاصل إذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الأولى أو في قدر المبيع كما في الصورة الثانية (فأقام أحدهما البينة قضي له بها) أي بالبينة (لأن في الجانب الآخر **مجرد الدعوى** والبينة أقوى منها) لأن البينة توجب منه الحكم على القاضي **ومجرد الدعوى** لا يوجبه عليه (وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات للإثبات) أي وضعت في الشرع للإثبات فكل ما كان أكثر إثباتا كان أولى (ولا تعارض في الزيادة) لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض، كذا في غاية البيان.قال تاج الشريعة: فإن قلت: البينة التي تثبت الأقل تنفي الزيادة لأنها تثبت أن كل الثمن هذا القدر. قلت: المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الأولى أولى لما قامت بينها معارضة انتهى. أقول: جوابه هذا وإن كان صحيحا في نفسه إلا أنه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف، فإن المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في الزيادة، والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتأمل (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا) بأن قال البائع مثلا: بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري: بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا وأقاما بينة (فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع نظرا إلى زيادة الإثبات) فالجارية والعبد جميعا للمشتري بمائة دينار في المثال المذكور.." (١)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٠٥/٨

"ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يقومون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه.قال (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة. قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن **بمجرد الدعوى** لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه.ــــــQالقسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم، لكن لا نسلم أن تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه، وبتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وإن كان منهم، ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعينه، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع، إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا؛ ألا يرى أنه إذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا. فإن قيل: يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد: وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم.قلنا: ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة، وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا. ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما إذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة، فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه. وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة، لأن دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة، فإن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله، فإذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى. قلت: هذه الرواية أظهر عندي دراية، والله تعالى أعلم بالصواب.(قوله ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا

ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول: يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق، ولعله لا يتيسر بدون التعسف. قال العيني: واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى. قلت: وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين(قوله وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم: أي بينهم. والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله – عليه الصلاة والسلام – «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب، وكذا في الأظهر، يقال: أقام بين أظهرهم: أي بينهم،." (١)

"الفطرة من حيث قابليتها للعلوم وكذا البواقي اه وحينئذ فلا بعد في أن يكون النور الذي هو تفسير العقل هنا هو العقل بالملكة مرادا به القوة المذكورة كما تقدم وكيف لا والمراد بالقوة المعنى الذي يصير به الشيء فاعلا أو منفعلا كما في التلويح وغيره نعم عليه وعلى ما تقدم أن يقال (وكل هذه) الاحتمالات على هذه الوجوه (فضلات الفلاسفة لا يليق بالشرعي) أي بالحكم الشرعي (البناء عليها إذ لم يصح اعتبارها شرعا ثم يتفاوت) العقل بحسب الفطرة بالإجماع وشهادة من الآثار فرب صبي أعقل من بالغ ومن الأخبار ففي صحيح البخاري عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن يا معشر النساء» .(ولا يناط) التكليف (بكل قدر فأنيط بالبلوغ) أي بلوغ الآدمي حال كونه (عاقلا ويعرف) كونه عاقلا (بالصادر عنه) من الأقوال والأفعال فإن كانت على سنن واحد كان معتدل العقل وإن كانت متفاوتة كان قاصر العقل إلا أن الشرع أقام اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلا عته مقام كمال العقل في توجه الخطاب تيسيرا على العباد ثم صار صفة الكمال الذي يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار كما سقط توهم بقاء النقصان بعد هذا الحد لما عرف من أن السبب الظاهر إذا أقيم مقام الباطن يدور الحكم معه وجودا وعدما (وأما قبله) أي البلوغ هل يوجد التكليف (في صبي عاقل فعن أبي منصور الماتريدي وكثير من مشايخ العراق) كما أسلفناه في الفصل الثاني في الحاكم (والمعتزلة إناطة

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٨٨/١٠

وجوب الإيمان به) أي بعقله (وعقابه) أي الصبي العاقل (بتركه) أي الإيمان لمساواته البالغ في كمال العقل وإنما عذر في عمل الجوارح لضعف البنية بخلاف عمل القلب غير أن عند هؤلاء المشايخ كمال العقل معرف للوجوب كالخطاب والموجب هو الله تعالى بخلاف المعتزلة فإن العقل عندهم موجب بذاته كما أن العبد موجد لأفعاله (ونفاه) أي وجوب الإيمان على الصبي العاقل (باقي الحنفية دراية) لقوله – صلى الله عليه وسلم – «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه إذ معناه كما قال النووي امتناع التكليف لا أنه رفع بعد وضعه اهـ لكن في السنن الصغرى للبيهقي الأحكام إنما تعلقت بالبلوغ بعد الهجرة وقبلها إلى عام الخندق كانت تتعلق بالتمييز اهـ ونحوه في المعرفة له أيضا فإن ثبت هذا صح أن يكون الرفع بالنسبة إلى المميز بعد الوضع والله تعالى أعلم وحمله على الشرائع بدون الإيمان كما قال العراقيون لا موجب له (ورواية لعدم انفساخ نكاح المراهقة بعدم وصفه) أي الإيمان كما سلف في الفصل الثاني في الحاكم بيان هذا واضحا.(واتفق غير الطائفة من البخاريين) الحنفية (على وجوبه) أي الإيمان (على بالغ) عاقل (لم يبلغه دعوة على التفصيل) السابق في الفصل المذكور[فصل اختص الحنفية بعقده في الأهلية أهلية الإنسان][الأهلية ضربان وجوب وأداء](وهذا فصل اختص الحنفية بعقده في الأهلية) أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله إياه (، وهي ضربان أهلية الوجوب) للحقوق المشروعة له وعليه (وأهلية الأداء كونه معتبرا فعله شرعا والأول بالذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ما له وعليه) من الحقوق المشروعة إذ الوجوب شغل الذمة وأورد بأن هذا صادق على العقل بالمعنى السابق وأن الأدلة لا تدل على ثبوت مغاير للعقل وأجيب بمنع أن العقل بهذه الحيثية بل هو مجرد فهم الخطاب والوجوب مبني على الوصف المسمى بالذمة حتى لو فرض ثبوت العقل بدون هذا الوصف بأن ركب في حيوان غير آدمي لم يثبت الوجوب له وعليه والحاصل أن هذا الوصف بمنزلة السبب لكون الإنسان أهلا للوجوب له وعليه والعقل بمنزلة الشرط وتعقب بأن المعترض مانع كون الوصف الذي يبتنى عليه الوجوب أمرا آخر غير العقل فلا وجه لمنع أن العقل بهذه الحيثية ثم القول بأن الوجوب مبني على هذا الوصف ليس أمرا زائدا على **مجرد الدعوى** ثم ظاهر التقويم يشير إلى أن المراد بالذمة العقل (وفخر الإسلام) ومتابعوه الذمة نفس ورقبة لها." (١)

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٢/١٦٤

"، ويسقط القطع بدعواه كون المسروق ملكه، وإن لم يثبت، وهو اللص الظريف، وكذا إذا ادعى أن الموطوءة زوجته ٢١ -، ولم يعلم ذلك. تنبيه: يقبل قول المترجم في الحدود كغيرها؛ فإن قيل: وجب أن لا يقبل؛ لأن عبارة المترجم بدل عن عبارة العجمي، والحدود لا تثبت بالأبدال؛ ٢٢ - ألا ترى أنه لا تثبت بالشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي؟ أجيب بأن كلام المترجم ليس ببدل عن كلام الأعجمي، ٢٣ - لكن القاضي لا يعرف لسانه، ولا يقف عليه، وهذا الرجل المترجم يعرفه، ويقف عليه، فكانت عبارته كعبارة ذلك الرجل، لا بطريق البدل بل بطريق الأصالة؛ لأنه يصار إلـــــــقوله: ويسقط القطع بدعواه كون المسروق ملكه: أي، وإن لم يثبت كون المسروق ملكه بعد ما ثبت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار؛ لأن الشبهة دارئة للحدود فتحقق **بمجرد الدعوى**، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار.كما في البحر في باب ما يقطع، وما لا يقطع.وقال الإسبيجابي: الأصل أنه متى ادعى شبهة، وأقام البينة عليها سقط الحد، **وبمجرد الدعوى** يسقط أيضا إلا الإكراه خاصة لا يسقط الحد حتى يقيم البينة على الإكراه كما في البحر في باب ما يوجب الحد، وما لا يوجبه.(٢١) قوله: ولم يعلم ذلك: أي، والحال أنه لم يعلم كونها زوجته؛ لأنها لو علم كونها زوجته لم تحتج إلى دعواها لتكون شبهة دارئة للحد(٢٢) قوله: ألا ترى أنه لا تثبت بالشهادة: ضمير أنه راجع للحدود باعتبار واحدها.(٢٣) قوله: لكن القاضي لا يعرف لسانه إلخ: الصواب؛ لأن القاضي لا يعرف إلخ؛ لأن المقام مقام التعليل لا مقام الاستدراك، وقد راجعت عبارة الصدر الشهيد فوجدتها بصيغة التعليل كما صوبت.." [1]

"فرع جامع الفصولين أنه لم يصنع كما أمر، معتبرة ردا للمصنوع على الصانع شرعا بحكم الخيار الثابت له، أما إذا كان ذلك منه معتبرا ردا بحكم الخيار كانت علة عدم تحليف واحد منهما هي انفساخ العقد بينهما وارتفاع سبب الخصومة. ولم أظفر بنقل يفصح عن العلة هل هي القدرة على فسخ العقد أو انفساخه **بمجرد الدعوى** والله سبحانه أعلم. ثم رأيته في رد المحتار ــ آخر كتاب الوقف عند تعداد صاحب الدر المحتار ما لا يجري فيه التحليف، وذكر مسألة الاستصناع المرقومة ــ نقل عن الطحاوي ما يفيد أن علة عدم التحليف فيها هي تمكن المستصنع من الفسخ بدون التحليف. وهو بمعنى ما عللناه به أولا.ثم كما لا يصار إلى اليمين إلا إذا توقف قطع النزاع عليها لا يصار إليها إلا إذا كان المستحلف لو أقر بما يستحلف عليه نفذ إقراره. فلو كان لو أقر لا ينفذ إقراره لا يستحلف، فقد قال صاحب جامع الفصولين:

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٨٤/١

الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو ادعى إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لا يعلم به لا يحلف، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير.وكذا أب طالب زوج ابنته البالغة بمهرها وقال: ابنتي بكر في منزلي، وقال الزوج: دخلت بها ولم يبق لك حق القبض، والأب ينكر، صدق الأب لتمسكه بالأصل، ولا يحلف الأب أنه لا يعلم بدخوله إذ لو أقر لم يجز عليها.ادعى وصي الميت دينا على آخر، فادعى الإيفاء حال حياته وأنكر وصيه لا يحلف، لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي. انتهى ملخصا (صفحة / ١٩٩) .يظهر من فرع الوكيل بقبض الدين وتعليله أنه لو ادعى المشتري على." (١)

"لدلالة النصوص على العمل بها فقال: "وليس منه مصلحة ضرورية كلية قطعية لأنها مما دل الدليل على اعتباره فهي حق قطعا، واشترطها الغزالي للقطع بالقول به لا لأصل القول به، قال: والظن القريب من القطع كالقطع.." اهـ من جمع الجوامع.وتراه زعم أن مسألة الترس ليست من المرسل لشهادة الشرع لها واعترضها أيضا عليه الأبياري من المالكية وهو من شيوخ ابن الحاجب بأن قال: "ما قاله يعني الغزالي في المسألة المذكورة غير صحيح ولم يبد دليلا على ما ادعاه بل اقتصر على **مجرد الدعوى**، واعتباره القيود الثلاثة وهي كونها ضرورية قطعية كلية أمر لا يتصور ولا وقوع له في الشريعة أصلا.." اهـ منه بواسطة نقل ابن حلولو في الضياء اللامع.ثم قال الغزالي في المستصفى: "فإن قيل فتوظيف الخراج من المصالح فهل إليه سبيل أو لا، قلنا لا سبيل إليه مع كثرة الأموال في أيدي الجنود، أما إذا دخلت الأيدي من الأموال ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام، أو خيف ثوران الفتنة من أهل الفرقة في بلاد الإسلام فيجوز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند، ثم إن رأى في طريق التوزيع التخصيص بالأراضي فلا حرج، لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين، وما يؤديه كل واحد منهم قليل بالإضافة إلى ما يخاطر به من نفسه وماله لو خلت خطة الإسلام عن ذي شوكة يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور وكان هذا لا يخلو عن شهادة أصول معينة، فإن لولي الطفل، عمارة القنوات وإخراج أجرة الفصاد وثمن الأدوية، وكل ذلك تنجيز خسران لتوقع ما هو أكثر منه، وهذا أيضا يؤيد مسلك الترجيح في مسألة الترس، لكن هذا تصرف في." (٢)

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٣٧٧

(٢) المصالح المرسلة الشنقيطي، محمد الأمين ص/١٧

"٦ – عند اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين يحكم لمن شهد له الرهن بيمينه، وتعتبر العادة كالشاهد في الراجح، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتداعي مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق المرتهن بيمينه؛ لأن العادة أن صاحب الدين لا يقبل في الرهن أنقص من دينه، ولو جعلت العادة كالشاهدين لصدق من غير يمين، وإن كان الرهنيساوي ما قاله الراهن فأقل صدق الراهن بيمينه في الراجح، وتكون العادة كشاهد واحد.(الغرياني ص ٣٥٩، الونشريسي ص ٣٩٣) .٧ – البكر إذا وجدت تبكي متعلقة برجل، وهي تدمي، فإنه يتقرر لها الصداق، قيل بيمين، بناء على أن العادة كالشاهد، وقيل: بغير يمين، واستحسنه اللخمي، بناء على أن العادة تحكم بأن المرأة لا تفضح نفسها بتعلقها برجل تدعي أنه نال منها لو لم تكن صادقة، وثبت الصداق، ولم يثبت الحد؛ لأن الشرع جعل إثبات الحقوق الماليةأخف من إثبات الزنا.(الغرياني ص ٣٥ ٩، الونشريسي ص ٣٩٣) .8 – وضع اليد بالحيازة حيازة شرعية، مع **مجرد الدعوى** من غير بينة لأحدالمتداعيين، قرينة على الملك عادة، فلا ينزع من حائز، فإن كانت العادة كالشاهد، فيحلف واضع اليد، وهو المشهور، وإن كانت كالشاهدين فلا يطالب باليمين.وكذلك إذا تكافأت بينتاهما، وتساقطتا، فالعادة تشهد لواضع اليد، فيبقى الشيء بيده، ويحلف؛ لأن العادة كالشاهد فيحلف معها، ولأنه لما سقطت البينتان وبقيت الدعوى، وجبت اليمين على المنكر.(الغرياني ص ٣٦٠، الونشريسي ص ٣٩٣) .." (١)

"البعض بفحوى الخطاب. وأما المباحث التي يذكرها أهل الأصول في مقاصده كما فعلوه في مقصد الكتاب ومقصد السنة والإجماع. فما كان من تلك المباحث الكلية مستفادا من أدلة الشرع فهو أصولي شرعي، وما كان مستفادا من مباحث اللغة فهو أصولي لغوي. وما كان مستفادا من غير هذين فهو من علم الرأي الذين كررنا عليك التحذير منه. ومن المقاصد المذكورة في الكتب الأصولية التي هي من محض الرأي الاستحسان والاستصحاب والتلازم.وأما المباحث المتعلقة بالاجتهاد والتقليد وشرع من قبلنا والكلام على أقوال الصحابة، فهي شرعية فما انتهض عليه دليل الشرع منها فهو حق. وما خالفه فباطل.وأما المباحث المتعلقة بالترجيح، فإن كان المرجح مستفادا من الشرع فهو شرعي. وإن كان مستفادا من علم من العلوم المدونة فالاعتبار بذلك العلم فإن كان له مدخل في الترجيح كعلم اللغة فإنه مقبول وإن كان لا مدخل له إلا **لمجرد الدعوى** كعلم الرأي فإنه مردود. انتهى.." (٢)

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٩١٦/٢

(٢) من أصول الفقه على منهج أهل الحديث زكريا بن غلام قادر الباكستاني ص/٢٠

"ولما كان يرد على المالكية أن الأخذ بهذا النوع من تعذيب من لم تقم عليه بينة بارتكاب ما يوجب ذلك في حقه، بينوا أن الآخذ بمثل هذا أخذ بمصلحة ملائمة لتصرفات الشرع من تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولذا يقول الشاطبي مبينا لذلك، ومجيبا عما يرد عليه من الاعتراضات بعد إيرادها: "وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب، إذ قد يتعذر إقامة البينة، فكانت المصلحة وسيلة إلى التعذيب والإقرار.فإن قيل: هذا فتح باب لتعذيب البريء؟ قيل: ففي الإعراض عنه إبطال استرجاع الأموال، بل الإضراب عن التعذيب أشد ضررا، إذ لا يعذب أحد **لمجرد الدعوى**، بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس، وتؤثر في القلب نوعا من الظن.فالتعذيب في الغالب لا يصادف البريء، وإن أمكن مصادفته فتغتفر كما اغتفر في تضمين الصناع"١.فإن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمينهم، قال علي رضي الله عنه: "لا يصلح الناس إلا ذلك".فإن قيل: أن هذا نوع فساد، لما فيه من تضمين من قد يكون بريئا لم يتلف ما تحت يده، ولم يفرط فيه.أجيب بأن الناس في حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، فالتفريط غالب عليهم، كما أنهم إذا علموا أنهم لا يضمنون ما تحت أيديهم ربما ادعوا التلف، ولم يكن تلف فلو لم يضمنوا مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأدى ذلك إلى أحد أمرين:١ - ترك الاستصناع بالكلية، وهذا يلحق بالناس ضررا.__________١ انظر: الاعتصام ٢/١٢٠.." (١)

"فيقول المعترض الحنفي: هذا منتقض على أصلي بالمعاهد، فهو

كافر ويقتل به المسلم عندي.

مثال آخر: قول المستدل: المتوفى عنها زوجها لا يجب لها

السكنى؛ لأنه لا نفقة لها؛ قياسا على الموطوءة بشبهة.

فيقول المعترض الشافعي: هذا منتقض على أصلي بالمطلقة الحائل؛

فإنه لا نفقة لها، ويجب لها السكنى.

فلا يقبل هذا؛ لأن علة المستدل لا ترد **بمجرد الدعوى**.

الحالة الثالثة: أن يورد المعترض النقض بناء على أصله هو، وبناء

على أصل المستدل، أي: أنهما يسلمان بذلك معا.

---

(١) الوصف المناسب لشرع الحكم أحمد بن عبد الوهاب الشنقيطي ص/٢٨٠

وإيراد النقض بناء على هذه الحالة صحيح؛ لأنه يلزم على أصل المعترض والمستدل، فكل منهما يسلم بهما.

مثاله: قول المستدل: الأرز مكيل يحرم فيه التفاضل؛ قياسا على البر.

فيقول المعترض: هذا منتقض ببيع الجنسين فهما مكيلان، ويجوز التفاضل بينهما.

فيسلم كل من المعترض والمستدل، حيث يريان التعليل بالكيل والجنس.." (١)

(١) المهذب في علم أصول الفقه المقارن عبد الكريم النملة ٥/٢٢٢٣